سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

# المقارنات التشريعية

## بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه


تأليف
سيد عبد الله علي حسين
من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية


دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج　　أ. د علي جمعة محمد
أحمد جابر بدران

المجلد الثاني


دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

# المقارنات التشريعية

## بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

## مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف

سيد عبد الله علي حسين

من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج    أ. د علي جمعة محمد

أحمد جابر بدران

المجلد الثاني

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
1421 هـ - 2001 م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية
هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

## وبه نستعين

والصلاة والسلام على رسول الله خاتم النبيين

وبعد فنبدأ الجزء الثاني من كتاب « المقارنات التشريعية » والله يهدينا سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل .

## بند [ 1 ] التمليك

### القانون الفرنسي

**الأشكال المختلفة لتملك الملكية هي :**

1 - الميراث الشرعي .
2 - الميراث الموصى به أو الوصية .
3 - الهبة بين الأحياء .
4 - إضافة الملحقات أو الضم .
5 - نتائج الاتفاقات .
6 - وضع اليد أو الاستيلاء .
7 - سقوط الحق بمضي المدة .
8 - المزايدة .
9 - القانون .
10 - التسليم .

هذه الأشكال المختلفة للتملك لا تطبق على امتلاك الملكية فقط ، بل كذلك تطبق على تملك الحقوق العينية ، وحقوق المديونية [1] .

### ترتيب أسباب الملكية :

**أولًا : شكل الملكية في مقابل أو بلا مقابل :** الملكية في مقابل هي أن يعوض كل طرف من المتعاقدين الآخر نظير ما أخذ منه كالبيع والبدل . والملكية بلا مقابل : هي أن يأخذ أحد الطرفين من الآخر شيئًا من غير أن يعوضه شيئًا كالهبة والوصية إلخ .

**ثانيًا : شكل الملكية عام أو خاص ؛** فالملكية العامة هي أن يمتلك جزءًا أو كلًّا من

(1) انظر : المقالة الثالثة في أنواع الطرق التي تفيد الملكية ، في الجزء الأول من تعريب القانون المدني الفرنساوي ص 158 ، 159 .

ميراث شخص مثلًا ، والملكية الخاصة هي أن يمتلك شيئًا محدودًا كالبيع ؛ فإنه يملك المبيع المحدود المعين . والفرق العملي بينهما أن المالك بعنوان عام ملزم بسداد ديون من ملكه ( المورث ) والمالك بعنوان خاص ليس ملزمًا بشيء .

**ثالثًا – شكل الملكية بين الأحياء أو بعد الموت** ؛ فالملكية بين الأحياء هي ما كانت الملكية محققة حال الحياة حتى ولو في حياة المالك الأصلي ، وذلك في جميع التصرفات ما عدا الميراث والوصية . والملكية بعد الموت هي ما كانت الملكية غير محققة إلا بعد الوفاة ، كالميراث والوصية .

**رابعًا : شكل الملكية أصلي غير صادر عن أحد ، أو صادر عن أحد** ؛ فشكل الملكية الأصلي هو ملكية الشيء بدون واسطة شخص معين ، وذلك كوضع اليد أو الاستيلاء . وشكل الملكية الصادر عن أحد هو ما كان بواسطة شخص معين ، وهو من يتلقى عنه الملكية ، وهو ما عدا الاستيلاء .

**خامسًا : شكل الملكية بالاختيار أو بغير الاختيار** ؛ فشكل الملكية بالاختيار هو ما نشأ عن إرادة المالك ككل أسباب الملكية ، ما عدا سقوط الحق بمضي المدة ، وضم اللواحق . وشكل الملكية بغير الاختيار : هو مالم ينشأ عن إرادة المالك كسقوط الحق بمضي المدة وضم اللواحق .

### بند [ 2 ] التشريع الإسلامي

## الأشكال المختلفة لتملك الملكية :

قد ينشأ الملك عن ميراث [1] ، أو وصية ، أو هبة [2] ، أو بيع ، أو بدل ، أو

---

(1) حددت الفقرة الأولى من المادة 954 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية طبيعة القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث ، ونصها : « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وتسري في شأنهما أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنهما » .

وتتفق هذه الفقرة مع المادة 2/1106 من التقنين العراقي والمادة 2/1086 من التقنين الأردني . وتتفق مع المادة 940 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة ) .

(2) يقابل ذلك المادة 451 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 – الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شيء أو حق مالي آخر دون عوض ، ويتفق ذلك مع المواد 601 ، 611 ، 613 من التقنين =

بوضع اليد إلخ . والملكية قد تكون للعين أو لما ترتب عليها من حقوق ، أولهما معًا كما تكون للمديونية .

والملكية قد تكون بعوض كالبيع ، وبغير عوض كالهبة والوصية ، ومعلوم شرعًا أنه لا وصية ولا ميراث [1] قبل سداد الدين عن [2] المتوفى [3] ؛ فإذا قبل الوارث أو الموصى له سداد دين المتوفى ولو كان مستغرقًا فيكون متبرعًا ؛ فليس هناك ملك عام ولا ملك خاص .

والملكية بين الأحياء كالبيع والهبة والبدل مثلًا ، وبعد الوفاة كالوصية والميراث . والموصى له والوارث غير مالكين قبل تحقق الوفاة ؛ فلو تنازل أحدهما عن الميراث أو عن الوصية ؛ فتنازلهما باطل ؛ لأنه لم يصادف محلًا . وليس لأحدهما التصرف فيما يرث لأنه لا يملكه إلا بالوفاة . وكذا فيما يوصى به له . والكلام في هذا البحث اصطلاح الفقهاء لا يترتب عليه كبير أثر ، وإنما هو بحث في حقيقة المعاني الفقهية وتقسيم عقلي لما يطرأ عليها . ولا مانع من أن يتفهمه طالب العلم ؛ لما فيه من تفتيح ذهنه وتبصرته ، وليس هذا من صميم الفقه بمعنى الأحكام [4] .

---

= العراقي ، والمادة 557 من القانون المدني الأردني ، والمادة 833 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 77 من مرشد الحيران ، ويتفق هذا كله مع ما جاء في حاشية الدسوقي 87/4 ، 90 وحاشية ابن عابدين 530/4 ، 542 وما بعدها ومجمع الأنهر 352/2 انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

(1) قاعدة : لا وصية ولا ميراث قبل سداد الدين عن المتوفى .

(2) في المادة 971 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أنه « متى انقضى الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع ، أما الديون التي نوزع فيها ، فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيا » .

ويتفق ذلك مع المادة 1102 من التقنين الأردني . وحكمها يقبله الفقه الإسلامي ، فهو من قبيل الإجراءات المؤدية إلى الوفاء بما على التركة من ديون .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 2/3 تعريف البيع وأنه عقد معاوضة أي عقد محتوٍ على عوض من الجانبين ) .

وفيه أيضا في باب ما يخرج من تركة الميت قبل التوريث أنه ثم تقضي من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا » ( 457/4 وما بعدها ) .

وجاء في بداية المجتهد الإشارة إلى تقسيم العقود قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات ، والصدقات .. » إلخ بداية المجتهد ( 145/2 ) .

(4) ذكر ابن جزي الكلبي في القوانين الفقهية ص 186 أن المكاسب نوعان : كسب بغير عوض ، وبعوض . فأما الكسب بغير عوض فأربعة أنواع الأول : الميراث ، الثاني : الغنيمة ، الثالث : العطايا كالهبة والحبس وغير =

## بند [ 3 ] الاتفاقات

القانون الفرنسي

**نظرة عامة :** الاتفاقات العامة التي يكون الغرض منها البيع والنقل للملكية هي : البيع والبدل والهبة بين الأحياء ، فالأولان يكونان بعوض والثالث بلا مقابل .

**تحويل ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين .**

**نظرة تاريخية :** في القانون الروماني كانت إدارة المالك فقط لا تكفي لنقل الملكية ، بل تنقل جميع الحقوق التي كانت للبائع على الشيء المباع للمشتري ؛ فالبيع عقد التزام ينفذه المشتري بعدة طرق ليتحصل على الشيء المبيع بواسطة التسليم . ثم تدرج التسليم من حقيقي إلى معنوي بواسطة شرط في عقد البيع ، وكذلك كان الحال في القانون الفرنسي القديم .

وأما القانون الفرنسي الحالي فقد قضى على ذلك كله ، واكتفي بأن الملكية تنقل بمجرد إتمام عقد البيع ؛ فالبائع تنقطع ملكيته والمشتري تبتدئ ملكيته فتكون إرادة الطرفين فقط كافية لنقل الملكية .

**الوقت المحدد لنقل الملكية :** القاعدة العامة أن نقل الملكية يتم بين الطرفين المتعاقدين منذ اللحظة التي وجد فيها عقد البيع ، أو البدل ، أو الهبة ، في المنقول ، والعقار على السواء متى كان العقد خاليًا من شرطٍ موقف أو ملغى .

ويستثنى من ذلك ثلاثة مواضع يتأخر فيها نقل الملكية إلى زمن لاحق للعقد :

**أولًا :** حينما يكون البيع ليس واقعًا على جسم معين محدود ، بل على أشياء جنسية كبيع عشر نعاج من قطيع أو عشرة أرادب من القمح أو مئتي متر مربع من أرض محدودة ؛ ففي هذه الحالة نقل الملكية لا يتم إلا إذا تخصصت الأشياء المبيعة

---

= ذلك ، الرابع : ما لم يتملكه أحد كالحطب والصيد وإحياء الموات ، وهو سبب في الملك . وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة . وأما الكسب بعوض فأربعة :

1 – عوض عن مال كالبيع ، وعوض عن عمل كالإجارة ، وعوض عن فرج كالصداق أو عوض عن جناية كالديات .

انظر : الشرح الصغير ج 3 ص 1 ، شرح زروق على الرسالة ج 2 ص 102 ومواهب الجليل ج 4 ص 226 ، ج 6 ص 49 ، ج 6 ص 2 .

كعد النعاج ووزن القمح ومقاس الأرض ، وإلى لحظة التخصيص يبقى المشترى دائنًا للمبيع وليس مالكًا للشيء المباع .

**ثانيًا** : حينما يوجد في العقد شرط يتفق عليه الطرفان المتعاقدان على أن الملكية تتم في مدة محدودة لاحقة للبيع ، وهو شرط قانوني يصح إدخاله في العقد .

**ثالثًا** : حينما يوجد في العقد شرط موقف ؛ فلا تنتقل الملكية كاملة بل تنتقل بشرطها ، فلا تنقلب ملكية خالصة إلا عند حدوث الشرط كما سبق في الملكية القابلة للإلغاء (1) .

## بند [ 4 ] طرق التمليك الاتفاقية

**القانون الروماني** : في القانون الفرنسي متى اتفقت إرادة الطرفين المتعاقدين إيجابًا وقبولًا تم العقد وترتبت عليه آثاره ؛ فيتم البيع وتنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد التعاقد بدون احتياج إلى شيء آخر . ولكن في القانون الروماني غير ذلك ؛ فكان التعاقد لا ينقل الملكية ، بل يفيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به ؛ ففي البيع بعد الإيجاب والقبول تبقى ملكية المبيع على ذمة صاحبه حتى يعمل أحد أمور ثلاثة : النقل ، أو الترك ، أو الإشهاد .

**أولًا : الإشهاد على التسليم** : يحضر البائع والمشتري في جلسة علنية ومعهما خمسة شهود : بلغ وطنيين رومانيين ومعهما يد ميزان ؛ فيأخذ المشتري الشيء المراد بيعه ، ثم يقول : أعلن أن هذا الشيء ملكي ، وقد اشتريته بهذا المبلغ ثم يضرب كفة الميزان بالنقد الذي معه ؛ حينئذ تنقل الملكية إلى المشتري .

فيترتب على هذا التسليم آثاره من الرجوع على البائع عند استحقاق المبيع ، أو نقص صفة فيه كانت مشترطة . وفي هذا القسم يشترط كون الشيء المباع يمكن تسليمه ، وكون المتعاقدين لهما حق التجارة .

**ثانيًا : الترك – وهو طريقة للتمليك** – فيترك المالك الشيء المباع إلى المشتري أمام القاضي في شكل دعوى صورية ، فيقول : هذا الشيء ( المباع ) ملكي ؛ فيسكت

---

(1) انظر : البند 1583 ، في الباب الأول ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 52 .

البائع ؛ فيحقق الحاكم أن المشتري هو المالك الحقيقي [1] .

**ثالثًا : النقل** وهو أن ينقل البائع إلى المشتري شيئًا جسمانيًا من المبيع بشروط محدودة ، وهي طريقة التمليك للعامة ، فيمكن للغرباء استعمالها . ويشترط لصحة التمليك بطريق النقل :

1 – وضع ، وتسليم الشيء المباع بجسمه ثم تَرَقَّى إلى اعتراف البائع بالوضع مع اعتراف المشتري بالتسلم بدون نقل جسماني ، وهو ما أدرج في القانون الفرنسي من أن إرادة الطرفين كافية لنقل الملكية بعد تمام العقد ( كما يقولون ) .

2 – نية التمليك عند البائع ، ونية التملك عند المشتري وإن كان وضع اليد لا يفيد الملك ، وأن تتحد الإرادتان في السبب الباعث على الملكية .

3 – يجب أن يكون الشيء كاملًا يمكن تملكه ؛ فلا يصلح للنقل الأشياء الرومانية الخالصة ولا الأشياء غير الجسمانية .

## بند [ 5 ] التشريع الإسلامي

**الاتفاق** : العقود العامة التي يكون الغرض منها التمليك هي البيع ، والبدل ، والهبة ، والوصية ، والعارية ، والعمرى ، والصدقة فالبيع والبدل يكونان بعوض والباقي بدون عوض ، والسلم نوع من البيع بشروط خاصة والقرض ، والإجارة ، والجعالة ، والمساقاة عقود لتمليك المنفعة إلا القرض فهو تمليك للذات نظير رد بدلها [2] .

---

(1) انظر : الباب الثالث والعشرين ( في البيع والشراء ) في الكتاب الثالث ، من مدونه جوستنيان في الفقه الروماني ص 225 – 228 .

(2) السلم بيع يتقدم تسليم رأس المال فيه ، ويتأخر المثمن لأجل ، وشروطه سبعة زيادة على شروط البيع وهي :

1 – قبض رأس المال كله ، أو تأخيره ثلاثا في المذهب المالكي ، ولو بشرط .

2 – ألا يكون رأس المال ، والمسلم فيه طعامين ، ولا نقدين ، ولا شيئا في أكثر منه ، أو أجود .

3 – أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم للمتعاقدين .

4 – أن يضبط المسلم فيه بعادته من كيل أو وزن أو عدد .

5 – أن تبين صفات المسلم فيه التي تختلف بها القيمة في السلم عادة .

6 – كون المسلم فيه دينا في ذمة المسلم إليه .

7 – وجود المسلم فيه عند حلول أجله المعين بينهما .

الشرح الكبير ( ج 3 ص 195 إلى 211 ) ، والإجارة هي تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض ( ج 2 ص 4 ) . =

**تحويل ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين** متى تم عقد البيع بإيجاب وقبول [1] مستوفيًا شروط الصحة انتقلت ملكية العقار والمنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين بدون شيء آخر [2] ، وهذه النظرية التي وجدت بوجود التشريع الإسلامي أخذها التشريع الوضعي ؛ لأنها وجدت بأرضه ، وقضى بها مدة طويلة فتبناها إلى تشريعه ، فتنقطع ملكية البائع مثلًا بمجرد العقد لتحل محلها ملكية المشتري ؛ فإرادة الطرفين [3] كافية لنقل الملكية منذ 1362 سنة .

---

= والمساقاة : عقد على خدمة شجر . الشرح الكبير ( 539/3 ) .

(1) قاعدة : عقد البيع يتم بالإيجاب والقبول .

(2) جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل ( 5/5 ) « أن ثبوت تقابض العوضين واجب بعد وجود حقيقة البيع بصدور ما يدل على الرضا من العاقدين .

(3) تلخص ذلك المادة 402 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادتان 472 ، 473 من التقنين الكويتي ، والمواد 538 ، 539 ، 540 من التقنين العراقي : فالمادة 538 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل .

2 - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذنا من البائع له في القبض .

والمادة 539 تنص على أنه « إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد ، سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة » .

والمادة 540 تنص على ما يأتي :

1 - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه أو باعه منه أو وهبه إياه أو رهنه له أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضًا للمبيع .

2 - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » . وتقابل المواد 494 ، 495 ، 496 ، 497 ، 498 من التقنين الأردني :

فالمادة 494 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - يتم تسليم المبيع إما بالفعل أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته .

2 - ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ، ويختلف باختلاف حاله .

والمادة 495 تنص على أنه « إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة ، أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليمًا ما لم يتفق على خلاف ذلك » .

والمادة 496 تنص على أنه « إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري متسلما للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجبت النصوص التشريعية اعتبار بعض الحالات تسليمًا اعتبر التسليم قد تم حكمًا » . =

ومتى وقع العقد المقتضي التمليك صحيحًا انتقلت الملكية إلى من ملك بموجب هذا العقد . ويتبع الملكية منذ وجودها ضمان المشتري للمبيع فإن هلك أو تعيب فضمانه من مشتريه عقارًا أو منقولًا ما دام العقد لا خيار فيه ، فإن كان البيع على الخيار فضمان المبيع من البائع [1] ما دام لم يختر المشترى ، ولم تنقض مدة الخيار وهو بيده وإلا فمن المشترى .

فتنقل الملكية بمجرد العقد الصحيح في المنقول والعقار الحاضر ( يعني لم يبع على الصفة أو على رؤية متقدمة ) ولو لم يقبضه من تملك ممن ملكه ، وعليه الضمان ، إلا في المسائل الآتية :

**أولًا** : الشيء محل التعاقد ( كالمبيع ) الذي فيه حق توفية أي استيفاء من المملك كالمثلي من مكيل أو موزون أو معدود ، فالضمان فيه على البائع ( مثلًا ) لقبضه بالكيل أو الوزن أو العد ، ولاستيلاء المشتري عليه . ويستمر الضمان للمبيع مادام بمعيار البائع حتى يفرغ في أواني المشتري فإذا هلك بيد البائع عند التفريغ فضمانه منه [2] .

**ثانيًا** : العين المباعة المحبوسة [3] نظير الثمن فضمانها من بائعها قبل القبض وبعد البيع .

= والمادة 497 تنص على أن « يتم التسليم حكمًا بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي » .

والمادة 498 تنص على ما يأتي :

ويعتبر التسليم حكميًا أيضًا :

1 - إذا أبقى البائع المبيع تحت يده على طلب المشتري .

2 - إذا أنذر البائع المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع خلال مدة وإلا اعتبر متسلمًا فلم يفعل » .

ويتفق هذا كله مع ما جاء في المواد 262 - 277 من المجلة والمواد 434 - 443 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 402 ) .

(1) جاء في الشرح الصغير ( 55/3 ) أن « الملك للبائع ، والضمان عليه » .

(2) جاء في الشرح الصغير ( 77/3 ) « أي مبيع فيه حق توفيه لمشتريه وهو المثلي من مكيل ، أو موزون ، أو معدود فعلى البائع ضمانه لقبضه بالكيل ، أو الوزن ، أو العد ، واستيلاء المشتري عليه ، ويستمر ضمان البائع له بمعياره من مكيال ، أو ميزان حتى يفرغ في أواني المشتري ، فإذا هلك بيد البائع عند تفريغه ، فضمانه على البائع » قال ابن رشد : اتفاقًا .

(3) يقابل ذلك ما جاء في المادة 428 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : =

**ثالثًا** : في المبيع الغائب غير العقار على الوصف أو الرؤية المتقدمة فضمانه من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومتى قبضه انتقل الضمان إليه [1] .

**رابعًا** : الثمار [2] المبيعة بعد بدو صلاحها فضمانها من المشترى بتمام طيبها ، وقبل تمام طيبها فمن البائع في الجوائح السماوية لا في الغصب ، ولا في السرقة

---

= « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » ويلاحظ أن ذلك يتفق مع الفقه المالكي الذي اتجه إلى انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بمجرد العقد ، ولو لم يقبضه من البائع . ويقابل كذلك المادة 504 من التقنين الكويتي .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(1) السلعة المحبوسة أي التي حبسها بائعها ، ولم يسلمها للمشتري للثمن ، أي لأجل قبض الثمن والمبيع الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، فبالقبض يدخل في ضمان المشتري ، وقبله ضمانها على البائع . الشرح الصغير ( 78/3 ) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 425 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت تمام المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . وقد جرى المشروع على ذلك طبقًا للخطة التي سار عليها في تحريم الفوائد ، سواء كانت مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به ، حيث طبق المشروع القاعدة العامة الواردة في المادة 236 منه والتي تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير » ، فطبقا لهذه القاعدة يجوز للبائع أن يطالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب التأخير في الوفاء بالثمن ، إذا كان الثمن مستحق الأداء وأعذر البائع المشتري ، أو إذا سلم المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى .
ويقابل ذلك المادة 465 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من وقت البيع . ومع ذلك إذا لم يكن البائع قد استوفي الثمن بتمامه لا يكون للمشتري من الثمار إلا بقدر ما أداه من الثمن . وذلك كله مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه » .
كما نقابل المادة 572 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 - لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلًا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .
2 - والزيادة الحاصلة في المبيع بعيد العقد وقبل القبض كالثمرة والنتائج تكون حقًا للمشتري وعليه تكاليف المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .
وأساس هذه الأحكام الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 480 من مرشد الحيران على أن « الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتائج تكون حقًا للمشتري » ويعتبر هذا النص تطبيقًا للقاعدة العامة التي تقضي بأن الملك ينتقل بالعقد ، ومن ثم تكون للمشتري ثمار المبيع وعليه تكاليفه .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 425 ) .

فمن المشترى بمجرد العقد الصحيح [1] . ويلاحظ أن التشريع الوضعي خلط بين المثلي والمقوم فيما ضربه مثلًا ؛ فبيع عشر نعاج من قطيع ليس من المثليات بل من المقومات ، وهو بيع لا يصح للجهالة بالنعاج وقت البيع ، وأما القمح فمن المثلي . والأرض وإن كانت تقاس إلا أنها تختلف ، فليس لها جنس يشبه فهي من المقومات لاختلاف الأغراض فيها بين الناس .

ففي كل هذه الصور قد انعقد البيع بين الطرفين بالإيجاب والقبول ، وأصبح المبيع ملكًا للمشتري فعليه ضمانه إلا في هذه الصور ، فإنه وإن كان قد انتقل الملك للمشتري بعقد الشراء إلا أن الضمان يبقى على البائع ، فغلة المبيع للمشتري من لبن ، وبيض ، وثمر من حين ضمانه ؛ فالغنم بالغرم .

وأما اتفاق الطرفين على أن الملكية تتم في وقت كذا فهو شرط فاسد [2] يتنافى مع العقد ؛ إذ مقتضى العقد الملك فورًا ، إلا أنه يصح اشتراط تسليم المبيع في مدة كذا مع صحة ، ونفاذ البيع ، وقد تقدم بحث ذلك في الشرط الموقف والملغِي فارجع إليه إن شئت [3] .

---

(1) الشرح الصغير ( 78/3 ) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 429 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشرعية الإسلامية ، ونصها : « في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخًا دون حاجة إلى إعذار ، إن لم يؤد المشتري الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك . وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره » ويتفق ذلك مع المادة 509 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « في بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره لتسلم المبيع ، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخًا دون حاجة إلى إعذار إذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرًا » .

وتقابل المادة 529 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا حدد في البيع موعد لأداء الثمن واشترط فيه أنه إذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما ، فإن لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع اعتبر البيع منفسخًا حكمًا » . ويتفق ذلك مع ما في الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 313 من المجلة على أنه « إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع ، وهذا يقال له خيار النقد » . ونصت المادة 314 على أنه « إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسدًا » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 429 ) .

(3) قال المواق في التاج والإكليل : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة » . قال الباجي : « البيع معروف ويفتقر إلى إيجاب وقبول ، وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود » . =

## بند [ 6 ] نقل ملكية المنقول فيما بين الطرفين المتعاقدين والشخص الثالث

**القانون الفرنسي** : حصل خلاف في كيفية نقل ملكية المنقول بين المتعاقدين ، والشخص الثالث ، وفي ذلك قولان :

**الرأي الأول** : أن إرادة المتعاقدين لا تكفي لنقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والشخص الثالث ، كما تكفي بينهما ، بل لا بد من التسليم بين المتعاقدين حتى يتم نقل الملكية بالنسبة للثالث ، فلو باع مالك المنقول الحقيقي إلى شخصين وسلم الثاني منهما هذا الشيء المباع فهو ملكه ، وإن تأخر تاريخ بيعه ؛ لأن التسليم في المنقول متمم لنقل الملكية بالنسبة للشخص الثالث . فإرادة المتعاقدين لا تكفي في ذلك بالنسبة له ( المادة 1141 ) .

**الرأي الثاني** : أن إرادة المتعاقدين تكفي لنقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والثالث . وأما المثل السابق في تفضيل المشتري الثاني على الأول فلأنه واضع اليد ، ووضع اليد دليل الملكية في المنقول ، لا لأن نقل الملكية لا يتم إلا بالتسليم بالنسبة للثالث ، وهذا رأى الجمهور من العلماء .

ويظهر أثر الخلاف فيمن باع منقولًا لشخصين ولم يقبضه واحد منهما ، وهو قد قبض الثمن منهما ثم أعلن إفلاسه . فعلى الرأي الأول المشترط التسليم بالفعل دخل المشتريان ضِمْن الدائنين ؛ لأن بيعهما لم يتم بالتسليم منهما فهما دائنان ، وعلى الرأي الثاني القائل أن إرادة المتعاقدين تكفي لنقل الملكية بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث في المنقول دخل المشتري الثاني مع الدائنين ، وكان للمشتري الأول الحق في استرداد المبيع وهو أحق به ؛ لأن العقد تم . وكذلك الحال فيما إذا باع لاثنين أحدهما سيئ النية وهو الذي وضع يده على المنقول المباع ، وكذلك تحديد خط الأفضلية للبائع على المنقول فيما إذا باع من اشتراه لثالث ولم يسلمه له ، وسيأتي الكلام عليها في الجزء الثاني [1] .

---

= التاج والإكليل ج 4 ص 228 ، ومواهب الجليل ج 4 ص 228 وبداية المجتهد ج 2 ص 124 .

(1) انظر : البنود من 1604 إلى 1624 ، في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب السادس ، من تعريب =

## بند [ 7 ] التشريع الإسلامي

**نقل ملكية المنقول فيما بين المتعاقدين والشخص الثالث** : متى تم عقد التمليك مستوفيًا لشروطه انتقلت ملكية الشيء المتعاقد عليه منقولا أو عقارًا إلى المشتري ؛ فأصبح مالكًا له بالنسبة للبائع وبالنسبة للشخص الثالث بلا فرق بينهما ، وينبني على نقل الملكية للمشتري قبل البائع ، والشخص الثالث أن ضمان المبيع عقارًا أو منقولًا يكون على الترتيب الآتي :

**أولًا** : إذا كان في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عد ، فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض [1] .

**ثانيًا** : إذا كان المبيع جزافًا أو لا عد ولا كيل ولا وزن ، وكان المبيع حاضرًا فلا خلاف في أن ضمانه [2]

من المشترى وإن لم يقبضه [3] .

**ثالثًا** : فإن كان المبيع غائبًا فعن مالك ثلاثة أقوال في ذلك :

1 ) الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع .

---

= القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 57 : 60 .

(1) جاء في الشرح الصغير أن : « والقبض الذي يكون به ضمان المشتري في ذي التوفية باستيفاء ما كيل ، أو عد ، أو وزن منه » . الشرح الصغير ( 78/3 ) .

(2) يقابل ذلك المادة 395 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 486 من التقنين الأردني . المادة 531 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان المبيع عينًا معينة بالذات ، أو كان قد بيع جزافا ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز » . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي القاضية بانتقال الملكية للمشتري بمجرد العقد في البيع الجزاق . مشروع القانون المدني ، طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وهي تتفق مع المادة 489 من التقنين الأردني ، المادة 467 من التقنين الكويتي ، والمادة 18 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص على أنه « إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه ، أو وصف له فله الفسخ ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامي ، المادة المذكورة ) .

(3) جاء في بداية المجتهد ، 147/2 أن الجزاف ليس فيه حق توفية عند المالكية فهو من ضمان المشتري بنفس العقد ، بداية المجتهد ا . هـ .

وفي بداية المجتهد كذلك 185/2 أن : « ما ليس فيه حق توفية ، وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري ، وإن لم يقبضه » .

2 ) الضمان من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع .

3 ) الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكول وبين ما هو مأمون البقاء ، ففي غير المأمون على البائع وفي المأمون على المشتري [1] .

« والخلاف في هذه المسألة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ينتج عنه والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال إنه من شروط صحة العقد أو لزومه كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام البيع ، والبيع قد انعقد ولزم ، قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري .

وتفريق الإمام مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال : هو الالتفات إلى المصلحة والعدل ( اهـ ابن رشد ) » [2] .

وعلى الرأي الصحيح أو الذي عليه العمل في مذهب مالك متى تم البيع صحيحًا دخل المبيع في ملك المشتري [3] ، فإذا باع البائع الشيء المبيع لشخص آخر وسلمه له كان بيعًا موقوفًا على إجازة وإذن المشترى الأول ، فإن أجاز البيع الثاني صح ، وإن لم يجزه كان له أخذ المبيع من الشخص الثاني الذي اشتراه من البائع الأول . وعلى ذلك يدخل المشتري الثاني مع الدائنين في حالة إفلاس البائع . وللمشترى الأول الحق في استرداد المبيع وهو أحق به دون الدائنين ، لأن العقد تم .

---

(1) جاء في بداية المجتهد 185/2 أن عند مالك في المبيع الغائب ثلاث روايات : « أشهرها : أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع ، والثانية : أنه من المتباع إلا أن يشترطه على البائع ، والثالثة : الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء ، كالحيوان ، والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء » ا.هـ .

(2) تمام نص ابن رشد في بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد ( 185/2 ) هو :
« الخلاف في هذه المسألة مبني على : هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال : القبض من شروط صحة العقد أو لزومه ، أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى كان الضمان – عنده – من البائع حتى يقبضه المشترى ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام البيع ، والبيع قد انعقد ، ولزم قال : العقد يدخل في ضمان المشتري . وتفريق مالك بين الغائب ، والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفيه استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة ، والعدل » ا . هـ . بداية المجتهد ( 185/2 ) .

(3) قاعدة : متى تم البيع دخل المبيع ملك المشتري .

ولو لم يتسلم المبيع .

وعلى هذا التفصيل السابق من شرط القبض في العقد أو من تبعيته له وكونه أثرًا مترتبًا عليه نقل التشريع الوضعي هذه المسألة بشقيها وهي كما ترى مفصلة في مذهب الإمام مالك [1] .

## بند [ 8 ] نقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث في عقد نظير عوض

**القانون الفرنسي : تاريخ التشريع لغاية** 23 مارس سنة 1855 .

**القانون الروماني** : لم يهتم المشرع بعلم الشخص الثالث ببيع العقار ولم يكن هناك أي نظام لذلك . ولكن عمليًا كانت مسألة بيع العقار تصحبها إجراءات عامة تجعل الشخص الثالث يعلم ببيع العقار .

وفي القانون الفرنسي القديم لم ينظم فيه علانية البيع وكان يكفي الشرط المدرج في عقد البيع لنقل الملكية بين المتعاقدين كما بينهما وبين الشخص الثالث . غير أنه كان في بعض بلاد شمال فرنسا أن نقل ملكية العقار لا تحصل بعد العقد بل يجب منح السنيور أو موظفيه تحقيق نقل التكليف في سجلات عامة .

وفي التشريع المتوسط أصدر المشرعون قانون 11 بريمير سنة 7 يجعل العلانية في تمليك العقار ضرورية ، وقد وضع هذا القانون القاعدة الآتية ( ملكية العقار لا تنقل

---

(1) الإمام مالك : هو إمام دار الهجرة ، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ابن غيمان بن حثيل بن عمرو بن الحارث . وأمه هي : عالية بنت شريك الأزدية وأعمامه هم : أبو سهيل نافع وأويس والربيع والنضر ولد عام 93 عام موت أنس خادم رسول الله . وأخذ العلم عن نافع وسعيد المقبري وعامر بن عبد الله بن الزبير وابن المنكدر والزهري ، وعبد الله بن دينار وروي عن :

1 - إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة .
2 - أيوب بن أبي تميمة السجستاني عالم البصرة .
3 - إسماعيل بن أبي حكيم .
4 - جعفر بن محمد .
5 - زيد بن أسلم .

ومن أقرانه : معمر بن جريح ، وأبو حنيفة وعمرو بن الحارث والأوزاعي .

قال الذهبي : كان عالم المدينة في زمانه بعد زيد بن ثابت وعائشة ثم ابن عمر ثم سعيد ابن المسيب ثم الذهري ثم عبيد الله بن عمر .

انظر : سير أعلام النبلاء 382/7 - 436 .

بالنسبة للشخص الثالث إلا بالتسجيل ونقل التكليف ) يعنى بصورة عقد التمليك من سجلات أمين الرهون في الدائرة المدنية لحالة العقار .

وفي تحرير القانون المدني وقف محررو القانون المدني بين الرأيين السابقين . وأخيرًا تم القانون بدون النص على وجوب نقل التكليف بالتسجيل لنقل ملكية العقار بالنسبة للشخص الثالث ، وكانت إرادة الطرفين تكفي لنقل ملكية العقار بينهما ، وبين الثالث .

وفي سنة 1855 صدر قانون 23 مارس الذي يحتم أن ملكية العقار تنتقل إلى المشترى بإرادة الطرفين ، ولا يتم نقل الملكية بينهما ، وبين الثالث إلا بالتسجيل ونقل التكليف .

## الأعمال أو العقود التي يجب أن تسجل طبقًا لهذا القانون :

**أولًا** : العقود بين الأحياء الناقلة لملكية العقار كالبيع والبدل فيخرج منها الميراث والوصية ، فلا يجب تسجيلها بالنسبة للثالث . ويجب أن يكون العقد ناقلًا للملكية فتخرج القسمة أيضًا لأنها إظهار لا تمليك فلا تخضع للتمليك .

**ثانيًا** : العقود التي تحمل تنازلًا عن الملكية يجب أن تسجل .

**ثالثًا** : الأحكام التي تتضمن وجود اتفاقات شفوية من طبيعة ما نص عليه في البنود السابقة .

( **أولًا وثانيًا** ) هذا في الاتفاقات الأولية والشفوية ، لكن إذا كان الاتفاق شفويا وصدر الحكم به فيجب أن يأمر القاضي بتسجيله .

**رابعًا** : كل حكم مرسى مزاد إلا حكم مرسى البيع على الشريك أو الوارث لعدم إمكان قسمة العقار ؛ لأن حكم مرسى المزاد على وارث أو شريك في عقار غير قابل للقسمة حكم إظهاري كالقسمة ، فلا يسجل بخلاف حكم مرسى المزاد على غير هذين فإنه يسجل لنقل التكليف به .

## ما يترتب على عدم التسجيل لنقل الملكية :

يترتب على عدم نقل التكليف أن المشترى لا يصبح مالكًا بالنسبة للغير . وإلى أن ينقل التكليف فالبائع هو المالك ، فلو رتب البائع حقوقًا عينية على العين المباعة

بعد البيع وقبل نقل التكليف فهي صحيحة ويتحملها المشترى .

ويشترط ليكون الشخص غيرًا أو ثالثًا كنص قانون سنة 1855 ( أن يكون له حقوق على العقار محفوظة طبقًا للقوانين ) وليس المراد كل من له مصلحة ، فينتج من هذا :

1 - ملك حق على العقار .

2 - كون الحق خاضعًا للعلانية ( كنقل التكليف ) .

3 - وأن يكون الشكل لهذا الحق مستوفيًا للشروط القانونية . وعلى هذا فالغير هنا هو :

**أولًا** : المشتري الثاني للعقار الذي سجل ونقل التكليف .

**ثانيًا** : الدائن الراهن الذي سجل رهنه قبل نقل التكليف للمشتري .

**ثالثًا** : المستحقون لحقوق عينية ( التمتع - الغاروقة - حق الارتفاق - الاستعمال - السكنى إلخ ) .

الأشخاص الذين ليسوا غيرًا ولا ثالثًا ولا يستغلون عدم التسجيل لمصلحتهم هم :

1 - البائع ووارثه . 2 - المشتري وورثته .

3 - الدائنون العاديون للبائع .

4 - الموصى له بعنوان خاص من بائع العقار الموصى به [1] .

**بند [ 9 ] التشريع الإسلامي**

تنتقل ملكية المبيع كما سبق بمجرد إتمام عقد البيع أو البدل في العقار والمنقول ، ولا يشترط في صحة البيع التسليم للمشترى على القول الأصح والراجح ؛ فتكفي إرادة المتعاقدين في نقل الملكية قِبَلَ المتعاقدين أنفسهما وَقِبَلَ الغير .

غير أن المصلحة العامة إذا اقتضت تقييد نقل الملكية في العقار بشرط التسجيل

(1) انظر : البنود من 2196 إلى 2203 ، في الباب العاشر ، من الكتاب الثامن عشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 193 : 196 .

ونقل التكليف فلا مانع مع ذلك شرعا ؛ لأن الغرض من هذا أحكام تمنع التلاعب بمصالح الناس ، وتجعل سليمي النية بمأمن من شراك النصب والاحتيال . فإذا فرضنا أن بائع عقار باعه لآخر ، وبعد تمام البيع اتفق مع آخر على إثقاله برهن أو بحق عيني ؛ وبما أن شرط التسجيل في العقار لم يكن واجبًا فللمرتهن حق على المبيع وربما يستغرق ثمنه ، ولو عاد المشتري على البائع ربما لا يجد عنده شيئًا وفي هذا ضياع لأموال الناس . ولو فرضنا وباع عقارًا ، ولم يسلمه ثم باعه لآخر وقبض الثمنين وهو فقير ، أو أخفى يساره ، أو سافر ولم يوجد مرجح للبينة ، ولم نعلم المتقدم مثلًا ، أو علم وقضى به فتذهب أموال الناس هباء . ولولى الأمر تقييد العقود بما فيه المصلحة العامة بحيث لا يخرج عن الأصول الشرعية ، ولا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا فالواجب اتباع ذلك شرعًا [1] .

والحالة الآن في مصر سنة 1362 هـ وسنة 1943 م تقضى بأن من باع عقارًا يجب أن يكون التوقيع على البيع أمام مسجل العقود في المحاكم ( الشرعية والأهلية والمختلطة ) [2] وعلى البائع أن يستخرج ثلاث شهادات عن تصرفات بائع العقار في عشر سنين مضت لوقت البيع ( من المحكمة الشرعية ،

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 394 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، هي وتطابق المادة 535 من التقنين العراقي والمادة 488 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردًا من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه » ، كما تقابل المادتين 466 ، 467 من التقنين الكويتي : فالمادة 466 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا لم يكن من مقتضي البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه وجب علي البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وأن يمتنع من أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا » .

وتنبني أحكام هذه المواد على الأصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود ، ، وهو ما يقضي بتمكين المشتري من الحصول على مقصود العقد وثمرته .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(2) يجب الالتفات إلى أن انتقال الملك في الفقه الإسلامي بمجرد العقد فور إبرامه ، سواء كان المبيع عقارًا أو منقولًا ، ودون حاجة إلى أي إجراء آخر ، وهو ما عبرت عنه المواد 74 من مرشد الحيران . غير أنه قد انتهى الأمر في القوانين المدنية العربية إلى التفريق بين المنقول والعقار ، وإيجاب اتباع قواعد إجراءات الشهر العقاري لنقل الملكية في العقارات ، فيما نصت عليه المواد 890 من التقنين الكويتي ، والمادة 934 من القانون المدني المصري ، والمادة 902 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1148 من التقنين =

والأهلية ، والمختلطة في دائرة العقار باسم البائع ) وبذلك يأمن المشترى غائلة التدليس والغش [1] .

لهذا لا يرى التشريع السماوي مانعًا من هذا التشريع حيث كثر الغش والخديعة ، وتفنن الناس في أكل أموال الناس بالباطل ، حتى اعتبر قانون التسجيل أن كل عقد ببيع عقار لم يوقع عليه أمام محكمة رسمية ولم ينقل به التكليف لا يفيد الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين فضلًا عن الشخص الثالث . فلو تعاقد البائع مع المشتري بعقد عرفي على بيع عقار ، ثم تعاقد مع آخر بعقد رسمي وسجله ونقل بموجبه التكليف فالمشترى الثاني أحق بالعقار من الأول . أما العقار الموروث فلا يجب تسجيله ونقل التكليف به ؛ لأن الميراث من أسباب الملكية ، وهي مبتدأة من تاريخ وفاة المورث فلا شك في أنها ملكية رسمية لها ابتداء ثابت ، وكذلك القسمة ، فليست ابتداء ملكية بل هي إقرار إذا كانت بين شركاء ، وحكم مرسى المزاد على الشريك أو الوارث فيما لا ينقسم لأنه لا يخرج عن تحديد نصيب المالك بعد أن كان شائعًا أصبح لواحد ، فهو ليس ابتداء ملك ؛ لأن ما كان للكل أصبح للجزء .

وأما حكم مرسى المزاد من جهة تملك هذا فمن المصلحة تسجيله لجواز تصرف المالك الأول الذي نزعت ملكيته في العقار المباع ، وإن كانت الملكية ثابتة رسميًّا بحكم مرسى المزاد فيكون هذا غشًّا يصح أن يقع فيه الشخص الثالث من مالك العقار المباع عليه ، ولو أهمل المشترى التوقيع على العقد رسميًّا وتسجيل العقد ونقل العقار باسمه فيتحمل كل تصرفات المالك الذي لا زال باسمه وإن كان يقاضيه ، ولكن الشخص الثالث لا شيء عليه ، وحقه ثابت .

---

= الأردني . ويستند هذا التطور إلى ما لاحظه المؤلف من حماية مصالح المتعاملين في العقارات بالبيع أو الرهن أو غيرهما . ولهذا التطور سنده الشرعي ؛ لأن هدفه حماية مصالح المتعاملين في العقار ، والقاعدة الشرعية أن « التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » ( م 85 من المجلة ) .

(1) عن اشتراط الإرادة وكونها ركنا في العقد يقول الدردير : وصيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

ولا يمكن للمشتري الذي لم يسجل ولم ينقل التكليف أن يعارض المشتري الثاني الذي نقل التكليف ، ولا الراهن كذلك ، ولا المستحقين لحقوق عينية متى سجلوا حقوقهم قبل المشترى الأول ، وهذا بناء على التشريع الحديث وقانون التسجيل الحديث ، وعلى أن العمل به واجب إجابة لقول الله تعالى : ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ (1) وهذا أمر لتنظيم عمل من واجبات الهيئة الاجتماعية تنظيمه بما فيه الأصلح ، ولا يصح للبائع ولا للمشترى نقض ما تم من جهتهما إلا باتفاقهما من الإقالة في البيع مثلا أو البدل ، فمتى وقع العقد صحيحًا وجب على كل منهما القيام بما التزم به من جهته ؛ فليس للبائع الرجوع ولا للمشترى كذلك بحجة أن البيع في العقار متوقف على التسجيل ونقل الملكية ، وكذلك ليس لورثتهم ولا للموصى لهم نقض ما تم من جهة مورثيهم ، والدائنون العاديون لا يمتازون على أمثالهم فيحاصون بقيمة دينهم فيما هو تركة بعد الوفاة .

وأما الدائنون الممتازون فلهم الأولوية على رهنهم دون بقية الدائنين حتى يستوفوا حقهم .

## بند [ 10 ] القانون الفرنسي

**نقل ملكية العقار فيما بين الطرفين المتعاقدين والشخص الثالث في الهبة بين الأحياء** : في القانون المدني النص صريح على وجوب التسجيل لنقل التكليف في الهبة بين الأحياء بالنسبة للشخص الثالث والطرفين .

في سنة 1539 كانت الأوامر تقضى بتسجيل كل هبة منقولة وعقارية في سجل المحكمة بالنسبة للشخص الثالث ، وكذلك بقيت إلى سنة 1731م ، وفي القانون المدني حفظ نقل التكليف في العقار بالنسبة للشخص الثالث .

**عدم نقل التكليف في العقار الموهوب بالنسبة للغير** : القاعدة أنه ما دام الموهوب إليه لم ينقل التكليف باسمه فليس بمالك ، والمالك هو الواهب للعقار الموهوب ، وأحكامه كأحكام البيع سواء بسواء قبل التكليف وبعد البيع .

---

(1) سورة النساء : الآية رقم 59 .

والشخص الثالث هو كل شخص له مصلحة ، ما عدا المكلفين بنقل التكليف ومن تلقى عنهم الملك وما عدا المعطِي ( الواهب ) فالشخص الثالث هنا :

**أولًا** : من ذكروا في قانون 1855 بالنسبة للبيع ، وهم هنا كذلك بالنسبة للهبة .

**ثانيًا** : الدائنون بورقة عرفية للواهب . **ثالثًا** : الموصى لهم بعنوان خاص .

كل هؤلاء لهم الحق في الانتفاع بعد نقل التكليف في الهبة ؛ لأن لهم مصلحة .

وليس من الشخص الثالث من يأتي ، فلا ينتفعون من عدم نقل التكليف وهم :

1 - الواهب . 2 - الموهوب له وورثته .

3 - الأشخاص المكلفون قانونًا بالتسجيل لنقل التكليف . ( الزوج بالنسبة لزوجته ، الوصي لمحجوره أو لقاصره ) ، ومن يتلقى عنهم الحق .

حصل خلاف في انتفاع وارث الواهب بعدم نقل التكليف ، فبعضهم أعطاه حكم مورثه ، وهو ممنوع ، وبعضهم أجاز له ذلك [1] .

## بند [ 11 ] التشريع الإسلامي

إن عقد الهبة يتم بالإيجاب [2] والقبول [3] . ومتى تمت ممن تصح هبته وكان

---

(1) انظر : بند 931 وبند 932 ، في الفصل الأول من الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 206 ، 207 .

(2) تشير لذلك المادتان 460 ، 461 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتتضمن هاتان المادتان اشتراط قبول الموهوب له للزوم الهبة ، فإن كان الموهوب له جنينًا قام وليه مقامه في هذا القبول ، حتى ولو كان هو الواهب نفسه . لكن لا تكون الهبة لازمة في العقار إلا إذا حررت بورقة رسمية بخلاف المنقول الذي قد تلزم فيه الهبة بمجرد القبض . وهو ماتشير إليه المادتان 602 ، 603 من التقنين العراقي والمادة 566 من التقنين الأردني ، ونصها :

1 - يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

2 - وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل . والمادة 525 من التقنين الكويتي ونصها :

1 - لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثقت في محرر رسمي .

2 - ويعتبر العقد قد تم ولو بقى الشيء في يد الواهب إذا كان وليًا أو وصيًا أو قيمًا أو قائمًا على تربية الموهوب له .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادتان 460 ، 461 ) .

(3) قاعدة : عقد الهبة يتم بالإيجاب والقبول .

الموهوب له ممن يصح أن يوهب له وكان ما وهب مملوكًا للواهب [1] فقد ملك الموهوب له الهبة ودخلت في ملكه عقارًا أو منقولًا . وليس بشرط تسجيل نقل التكليف في العقار . وأما القبض في الهبة فليس شرطًا في صحتها [2] ؛ فيجبر الواهب على دفع الهبة للموهوب له ، « فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض مرضًا اتصل بالموت بطلت الهبة . وللموهوب له إذا باع الواهب الهبة وعلم فتوانى له الثمن . وإن قام في الفور كان له الموهوب ، فالقبض عند مالك من شروط التمام لا من شروط الصحة كالبيع » [3] .

وعلى هذا فالهبة تمليك العين الموهوبة للموهوب له بمجرد العقد ؛ فللموهوب له معارضة أي شخص بحق الملكية الناتجة عن الهبة . وقد خرجت عن ملك الواهب بمجرد عقد الهبة فليس له حق التصرف فيها ؛ فلو مات الموهوب له بعد قبول الهبة وقبضها كانت الهبة من تركته لورثته . فإن قبل الهبة ولم يقبضها وقاضى الواهب ، وبقيت للحكم ومات استحق ورثته الهبة [4] .

---

(1) شرط الواهب أن يكون أهلًا للتبرع ، وشرط الموهوب : أن يكون مملوكا للواهب ، وشرط الموهوب له : أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له . الشرح الصغير ( 339/3 ) .

(2) جاء في بداية المجتهد : قال أحمد ، وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلا لا شرط تمام ، ولا من شرط صحة » . بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد ( 329/2 ) .
وفيه - أيضا - قال مالك : « ينعقد عقد الهبة بالقبول ، ويجبر على القبض ، كالبيع سواء » بداية المجتهد ( 329/2 )
ومرجع هذا إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما أشارت إليه المادة 855 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر .

(3) « إذا تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب ، أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب » بداية المجتهد ( 329/2 ) .

(4) يقابل ذلك ما ورد بالمادة 465 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهي تتفق في حكمها مع المادة567 من التقنين الأردني ، ونصها : « يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إلى الموهوب له ، ويتبع في ذلك أحكام تسليم المبيع » .
وهي تتفق في حكمها مع المادة 1/535 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب إذا لم يكن الموهوب له قد قبضه . وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع » . والسند الشرعي لوجوب التسليم ما يراه المالكية من أن الهبة تنعقد صحيحة لازمة للواهب ناقلة للملك بمجرد العقد . ويجبر الواهب على التسليم ( انظر مادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية ) .

وبما أن نقل التكليف ليس بشرط في الهبة ، وإنما القبض هو شرط تمامها لا شرط صحتها فيتلقى الوارث عن مورثه ما تملكه حال حياته ، وسيأتي ذلك مفصلاً في الهبة [1] .

## بند [ 12 ] النظام العملي في ترتيب نقل التكليف

**القانون الفرنسي :**

**الطريقة الفرنسية** : علانية الحقوق العينية العقارية مضمونة ومحفوظة في سجلات موجودة في الأقسام الإدارية بإدارة موظف إداري يتبع وزارة المالية (أمين الرهون ) ، ويوجد ثلاثة سجلات : سجل التسجيل لنقل التكليف ، سجل سقوط الحق بمضي المدة ، سجل نقل التكليف في الحجوزات العقارية ، وفي الثلاثة السجلات يكون العمل بتاريخ الإيداع في قلم التسجيل ، ويوضح جميع البيانات ( اسم وجد وأب وسكن إلخ ) بما لا يدع مجالاً للاختلاف بين شخصين .

ينتج عن هذا أن السجلات لا تقدم خدمة عن حالة العقار القضائية بل تقدم خدمة عن حالة الشخص وتصرفاته ، فالعلانية شخصية لا عينية فيحصل عدة عقبات كبيرة لأنه :

1 - لم يعرف اسم الشخص المالك الحالي أو على الأقل أحد الملاك السابقين للعقار ، فلا يمكن معرفة حقيقة العقار من حافظ سجلات التكليف .

2 - لا يمكن لحافظ السجلات أن يخبر أن واضع اليد هو المالك الحقيقي ، أو أن هذا العقار مثقل بالالتزامات أم لا فقط يخبرك أن هناك تكليفًا ، أو سقوط الحق بمضي المدة .

3 - يجوز حصول خطأ في الأسماء فيكون ما أعطى من معلومات خاطئًا ، ومن هذا يعلم أن العلانية التي يتطلبها سجل الرهونات علانية خاصة بشخص التصرف لا علانية عامة من كل شخص على هذا العقار .

---

(1) يقول الدردير : الهبة من التبرعات المندوبة كالصدقة ، وهي تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعًا بلا عوض . الشرح الصغير جـ 3 ص 327 وبداية المجتهد جـ 2 ص 332 .

**طريقة الكتب المالية في بروسيا** [1] : وهي مقابلة للطريقة الفرنسية ، وهي أن العقار له كتابه المالي المرصود فيه حالة العقار القانونية من رهن ونقل تكليف ، وحقوق عينية وخلافه ، وبه تقدر حالة العقار بكل تأكيد . فالعلانية ليست علانية شخصية بل علانية عينية وليست خاصة بل عامة . والبيع العقاري موكول إلى قاض يبحث أولًا في طلبات نقل التكليف ثم يبحث هل الكتب المالية للعقار مستوفية الشروط القانونية ، هل البائع هو المالك الحقيقي ، هل هو أهل للبيع وهل المشترى أهل للتعاقد وهكذا . ومن كتب مالكًا لهذا العقار بموجب هذا الكتاب المالي فهو مالك حقيقة ، ويمكن التعاقد معه بكل اطمئنان .

**طريقة عمل تورنس الأسترالي** : هذا القانون وضع ملكية العقار بأستراليا سنة 1872 ، وأقره البرلمان الاسترالي ، والذي قدمه له أحد نوابه « روبير تورنس » بعنوان الملكية العينية .

**تشابه الطريقة البروسية والأسترالية :**

**أولًا** : تتشابه الطريقتان في أن السجل مكتوب باسم الأرض لا باسم المالك .

**ثانيًا** : حافظ سجل التسجيلات قاض ، والمساواة هي التي تنطبق .

**وتختص طريقة تورنس بالآتي :**

**أولًا** : كل الأرض ليست خاضعة لهذا النظام . فقط الأرض العامة المباعة من الحكومة للأهالي ، فإن أراد أحد الأهالي المعاملة بهذا النظام فعليه طلب تسجيل أملاكه من رئيس السجلات الذي يبحث دليل الملكية ثم يجعل القانون ساريًا عليها ، ويتخذ طريقة العلانية لصالح الشخص الثالث .

ونتيجة تسجيل الأرض لتدخل ضمن نطاق هذا القانون أن ملكية المالك تصبح غير قابلة للمعارضة من أي شخص .

**ثانيًا** : تعطى شهادة مطابقة للسجل إلى المالك تصف حالة العقار ، مع

---

(1) بروسيا : هي مملكة ألمانية سابقة ، كان النزاع على حدودها من أبرز مشاكل الحربين العالميتين ، فبعد هزيمة ألمانيا عام 1918 م قسمت بروسيا إلى شرقية وغربية ومنحت معاهدة فرساي معظم بروسيا الغربية إلى بولندا بما في ذلك ميناء مميل وحولت دانزج إلى مدينة حرة مكونة بذلك ممرا يفصل جسم ألمانيا عن بروسيا الشرقية ، وهو ما عرف بالممر البولندي ( القاموس السياسي لأحمد عطية ص 243 ) .

إيضاح كل الحقوق المترتبة عليه ، فإذا أراد المالك بيع عقاره قدم طلبًا إلى رئيس السجلات مع دليل ملكيته ثم يملأ خانات استعلامية فيبحث جميع ذلك رئيس السجلات ثم يؤشر بالبيع في السجل ويسلم للمشتري حجة ملك جديدة مع إلغائه من البائع .

وقد بحث المشرعون بفرنسا حالة النقص الموجودة في تسجيل العقار ، فقدم مشروع قانون لإصلاح ذلك سنة 1908 فقبله مجلس الشيوخ ولم يمر بعد من مجلس النواب ، ويتضمن أن التسجيل يطبق على ما يأتي زيادة عن قانون سنة 1855 .

**أولًا** : على كل عمل فيه إقرار بالملكية كالقسمة .

**ثانيًا** : على كل عمل ناقل للملكية بالموت كالميراث والوصية [1] .

## بند [ 13 ]

**التشريع الإسلامي** : كل هذه نظم لأحكام عملية التسجيل ونقل الملكية والمحافظة على مصالح الشعب العامة وهو ما يدعو إليه التشريع السماوي ولا ينافيه؛ لهذا يجب العمل به وخصوصًا الطريقة الشخصية للعقار المملوك لا للمالك وكون من يتولى إجراءات البيع أو نقل الملكية وبحث مستندات الملكية رجلًا من رجال القانون ، فهو أضمن وأصلح للمتعاقدين .

## بند [ 14 ] سقوط الحق بسبب مضى المدة المملكة أو الملكية بوضع اليد

**القانون الفرنسي** :

**نظرة عامة** : سقوط الحق بمضي المدة محدود بالقانون ، وهو سبب الملكية أو وضع اليد مدة من الوقت بشروط محدودة قانونًا . والملكية بوضع اليد قسمان :

( 1 ) وضع اليد المدة الطويلة المملِّكة أو الملكية بوضع اليد .

( 2 ) سقوط الحق بمضي الزمن ، أو تلاش وانقراض ، أو إخلاء .

---

(1) انظر : البنود من 2196 إلى 2203 ، في الباب العاشر ، من الكتاب الثامن عشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 193 : 196 .

**مقارنة بين السقوطين :**

**أولًا** : بالنظر إلى الوصف : الملكية بوضع اليد تقريبًا هي سبب لإيجاد نتائج من امتلاك فاسد بدون شك قد يكون سببًا في ملكية عقار بدون حجة الملكية بل بوضع اليد فقط .

وأما الملكية بالتلاشي ، أو بالإخلاء ، فهي سبب لرفع دعوى خاصة بحق أهمله صاحبه بعض الوقت .

**ثانيًا** : بالنظر إلى القاعدة العقلية : الملكية بوضع اليد تكون لغرض تقوية حق الملكية ليس لأنها تجعلها سهلة ، بل لتجعل الدليل ممكنًا لهذا الحق ، فإذا لم يوجد وضع اليد فمن يريد إظهار حق ملكيته فعليه إثبات أنه تملك هذا العقار من ماله الحقيقي . لكن لإثبات أن من تلقى عنه هو المالك الشرعي يلزم الصعود إلى مملك مملكه ، وهكذا حتى يصل إلى أول واضع اليد على العقار . وبسبب وضع اليد يكون دليل الملكية سهلًا ؛ إذ يكفي إثبات أنك تملكت أو من تلقيت عنه الملكية وضع يده المدة القانونية . وأما الملكية بالتلاشي أو الإخلاء فقد رتبت بقصد إبعاد المطالبين بعد مدة طويلة الذين يمكنهم إيجاد اضطراب في الثروات الخاصة ، أو هدم أملاك الأشخاص أو العائلات .

**ثالثًا** : بالنظر إلى الشروط : في هذه الناحية يوجد فرق أساسي بين القسمين المذكورين ؛ فالملكية بوضع اليد تدل على شرط أساسي هو وضع اليد ، وعلى العكس من ذلك الملكية بالتلاشي ، فلا تستلزم شرطًا غير إهمال صاحب الحق .

**رابعًا** : بالنظر إلى النتائج : الملكية بوضع اليد تعطى لمن يمكنه التمسك بها دعوى واستثناء ، بينما الملكية بالتلاشي لا تعطى لصاحبها الاستثناء .

**يوجد قسمان في الملكية بوضع اليد بالنسبة للمدة :**

**أولًا** : وضع اليد من عشر سنين إلى عشرين سنة حينما يكون واضع اليد له حجة صحيحة وحسن نية .

**ثانيًا** : وضع اليد ثلاثين عامًا عندما يتخلف واحد من هذين الشرطين أوهما معا .

**الشروط المطلوبة للملكية بوضع اليد :**

**الشروط المطلوبة للملكية بوضع اليد ثلاثة :**

**أولًا** : يجب أن يكون الشيء قابلًا للملكية بوضع اليد : القاعدة أن كل شيء قابل للملكية بوضع اليد ماعدا :

1 - الأشياء غير القابلة للملكية الخاصة كأملاك الدولة العامة ، أو أملاك المديرية أو المراكز العامة .

2 - العقار المدفوع مهرًا للمرأة المتزوجة .

3 - الأملاك الداخلة في الوقف ( مرسوم أول مارس سنة 1808 ) .

هذا خاص بالعقار ، وأما المنقول فلا تطبق عليه هذه الشروط بسبب القاعدة المعروفة ( المادة 2279 ) ولكن يستثنى :

1 - وضع اليد على المنقول بسوء نية لمدة ثلاثين سنة .

2 - وضع اليد على المنقول بحسن نية في المسروق أو الضائع لمدة ثلاث سنوات .

**ثانيًا** : يجب وجود وضع اليد الحقيقي الخالي من كل عيب ، وأن يكون مستمرا . ( يراجع وضع اليد وعيوبه ) .

**ثالثًا** : يجب مرور زمن محدد : يبتدئ زمن سقوط الحق بمضي المدة والتملك من يوم وضع اليد على العقار . ويستثنى من ذلك :

1 - الحقوق المستقبلة الخاضعة لشرط تحقيق وفاة شخص ؛ فإن المدة تبتدئ من يوم الوفاة ، كحق إنقاص الهبة الزائدة قانونًا الذي خص القانون به الورثة . فللوارث رفع دعوى ضد الموهوب له لاسترداد الزيادة في الهبة ؛ فيبتدئ سقوط الحق من يوم وفاة الواهب المورث .

2 - والحق الخاضع لتحقيق شرط كالبيع بشرط ملغٍ أو موقف للملكية كما سبق حكمه على خلاف بين الفقهاء والقضاء ، فالقضاء يقول : إن المدة تبتدئ من يوم تحقيق الشرط ؛ لأن الحق يبتدئ من يوم حصول الشرط فقط ، والفقهاء يقولون : إن المدة تبتدئ من تاريخ وضع اليد على العقار .

**حساب المدة : يلاحظ القواعد الآتية :**

1 - المدة تحتسب باليوم لا بالساعات .

2 - لا يحسب أول يوم في المدة لأنه دائمًا غير كامل .

3 - تتم المدة المحددة لسقوط الحق والتملك متى جاء آخر يوم ، ولو كان يوم بطالة عامة . فإن ابتدأت المدة من أول إبريل سنة 1892 تنتهي نصف الليل في أول إبريل سنة 1922 لثلاثين سنة [1] .

## بند [ 15 ]

**القانون الروماني** - الملكية بوضع اليد المدة الطويلة : التملك بوضع اليد يطبق في حالتين :

**أولًا** - في حالة تمليك شيء يمكن نقله - معروف أن المشترى مثلًا لا يملك الشيء المباع بمجرد العقد ، بل يملكه بوضع يده عليه سنة إن كان منقولًا ، وسنتين إن كان عقارًا ، فالملكية بوضع اليد في هذا الحالة كانت لتنظيم الملكية الناقصة في الشكل بشرط أن يكون البائع هو المالك الحقيقي .

**ثانيًا** - في حالة تملك شيء يمكن نقله أم لا من غير مالك : الذي يتلقى الملكية من مالك حقيقي لم تنقل إليه الملكية يصبح مالكًا بوضع اليد سنة في المنقول وسنتين في العقار ، ويشترط في صحة وضع اليد .

1 - ألا يكون الشيء مسروقًا . 2 - أن يكون حسن النية .

3 - أن يكون بسبب صحيح .

وبمضي هذه المدة يصبح واضع اليد مالكًا للعين التي تحت يده بما لها وما عليها من الحقوق العينية [2] .

---

(1) انظر : البنود 2228 إلى 2235 ، في الباب الثاني ، من الكتاب العشرين من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 202 ، 203 .

(2) انظر : الباب السادس ( في ضروب اكتساب الملكية بالحيازة ) في الكتاب الثاني من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 79 - 85 .

## بند [ 16 ] التشريع الإسلامي

سقوط الحق بمضي المدة أو الملكية بوضع اليد شرعت لغرضين :

**أولًا** : لإيجاد حالة استقرار وطمأنينة لكل واضع اليد فلا يأتي مدع أيا كان ، ولا بعد مدة أيا كانت ، فيدعي ملكيته لشيء تحت يد الغير بغير حق ، فكان وضع اليد دليلًا في الظاهر على الملكية إن لم يقم دليل آخر أقوى منه .

**ثانيًا** : جعل وضع اليد دليل الملكية القاطع متى بلغ مدة معينة إلا في أحوال معينة كالغصب والسرقة والحرابة ، فإن وضع اليد ولو طال لا يفيد واضع اليد بشيء [1] .

غير أنه قد يوجد تلاشٍ لعين الحق بمضي الزمن أو بفعل فاعل ؛ فمن سرق منه بعير ثم مكث عند السارق مدة فمتى وجده صاحبه بعينه أخذه ولو طال الزمن . فإن أفناه السارق بأن ذبحه وأكله فإن حق المالك على العين قد تلاشى ، وانتقل من ضمان العين إلى ضمان القيمة في الذمة يوم الغصب أو السرقة ، وقد يكون الترك سببًا في التلاشي كمن يملك دابة تصرف فيها شخص وهو حاضر ساكت لم يعارض ، ومضى على ذلك سنتان ، فليس له المطالبة بها وله الثمن فقط . فإن سكت سنة أخرى ضاع الثمن أيضًا . نظر المشرع الوضعي إلى المدة التي تمضى من تاريخ وضع اليد فجعلها عشرين أو ثلاثين سنة ، ولكن التشريع الإسلامي نظر إلى سبب وضع اليد وأعطى لكل سبب حكمًا ، وربطه بنظام التعامل بين الشركاء أو غير الشركاء والأقارب ، وغير الأقارب .

أما الغصب والسرقة والحرابة فلا مدة فيها ، ولا تَثْبُت الملكية فيها بوضع اليد إطلاقًا . والحكم فيها أن صاحب الشيء المغصوب أو المسروق يأخذ عين شيئه متى وجده بذاته لم يحصل له مفوت في ذاته أو صفاته التي بها وجوده ، وإلا ضمن الغاصب أو السارق القيمة يوم الغصب أو يوم السرقة ، سواء العقار والمنقول . فالكلام إذًا في وضع اليد المفيد للملكية ، ففيه الأقسام الآتية وشروط الحيازة المفيدة للملك في العقار والمنقول .

**أولًا** : حصول التصرف من واضع اليد كركوب دابة ، أو سكنى ، أو لبس لثوب كتصرف المالك .

---

(1) الواجب على الغاصب إن كان المال قائمًا عنده بعينه لم تدخله زيادة ، ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا فإن على الغاصب المثل . بداية المجتهد ( 317/2 ) .

**ثانيًا** : حوز طال كعشرة أشهر فأكثر لا أقل .

**ثالثًا** : عدم منازع لواضع اليد هذه المدة .

**رابعًا** : أن ينسب واضع اليد الشيء إلى نفسه ملكًا .

**خامسًا** : أن تشهد البينة بأن الشيء الموضوع اليد عليه لم يخرج عن ملكه في علمهم بناقل شرعي .

وأقسام وضع اليد المفيد للملكية :

## أولًا : في العقار

( 1 ) عشر سنين للأجنبي غير الشريك أو الشريك .

( 2 ) أربعون سنة للقريب والموالي والأصهار شريكًا أو غير شريك .

( 3 ) ستون سنة بين أب وابنه .

## ثانيًا : في المنقول

( 1 ) أكثر من عشر سنوات للقريب شريكًا أو غير شريك أبا أو غيره .

( 2 ) أكثر من ثلاث سنين للأجنبي شريكًا أو غير شريك .

( 3 ) سنتان لدابة الركوب وأمة الخدمة لغير الأجنبي الشريك .

( 4 ) سنة واحدة للأجنبي في الثوب ، أو لمن تصرف بحضور صاحب الشيء وسكت ، وسيأتي تفصيل ذلك . وأما الوقف والمغصوب والمسروق ، وأملاك الدولة فلا تنفع الحيازة فيها ولا تتملك بها ( وتبتدئ المدة من تاريخ وضع اليد ، ولابد أن تكون المدة المحددة كاملة ، بل قد اشْتُرِط في بعض مواضع الأكثرية عن المدة ) . ويستوي وضع اليد المفيد للملكية في العقار والمنقول ، ويبتدئ سقوط الحق بمضي الزمن من وقت العمل والتمكن من التقاضي والخلو من المانع الشرعي . وفي العقود ذات الشرط تبتدئ المدة من تاريخ حصول الشرط [1] .

---

(1) يقول الدردير عن الحيازة أنها في العقار وغيره والحائز إما أجنبي غير شريك وإما شريك وإما قريب وإن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا والحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة ... الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 ، 70 .

## بند [ 17 ] المدة الضرورية للتملك بوضع اليد

**القانون الفرنسي** : المدة الضرورية للتملك بوضع اليد تتغير كالآتي .

**أولًا** : المدة من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كان واضع اليد حسن النية ووضْعُ اليد بحق يعنى بحجة صحيحة .

**ثانيًا** : المدة ثلاثون سنة إذا كان واضع اليد سيئ النية ، أو ليس واضع اليد بحق ، أو هما معًا .

شروط خاصة بالتملك بوضع اليد عشر سنوات إلى 20 سنة .

يشترط لذلك شرطان :

**أولًا : وضع اليد بحجة صحيحة** : وهو كل عمل قانوني يكون قابلًا لنقل الملكية في حد ذاته وذلك كالبيع ، والإعطاء نظير دفع شيء ، والوصية والهبة بين الأحياء .

وليس من وضع اليد بحجة صحيحة عقد الإيجار ، وعقد الصلح وعقد القسمة وحكم مرسى المزاد لصالح أحد الشركاء ؛ لأنها عقود مظهرة لا ناقلة للملكية .

الحجة المعتبرة قانونًا أو الملغية إطلاقًا لا يعتبر في وضع اليد ولا يكون أساسًا للملكية بوضع اليد من عشر سنوات إلى عشرين سنة كالهبة بعقد عرفي ، ولم يسجلها مسجل العقود أو كانت عقودًا ضد الآداب العامة أو القانون .

**الحجة المعيبة بعيب خاص قانوني** : كل حجة معيبة بعيب خاص لأن البائع لا يملك العقار المبيع ، أو لأنه ليس أهلًا للتعاقد قانونًا ، أو لأن إرادته كانت غير كاملة في العقد ، تكفي للتملك بوضع اليد ، بل تكفي لمحو هذه العيوب وتجعل وضع اليد صحيحًا يبنى عليه التملك من عشر إلى عشرين سنة .

**الحجة الخادعة الفاسدة قانونًا** : وهي ما يعتقد واضع اليد أنها صحيحة ومفيدة للملكية ، وهي في الواقع فاسدة لا تكفي للتملك بوضع اليد كوصية ألغاها الموصي بوصية أخرى ، وبقى الموصى له متمسكًا بالوصية الأولى معتقدًا صحتها ؛ فعنده حسن نية لا حجة صحية فقد تخلف أحد الشرطين .

وعلى مدعى الملكية بوضع اليد إثبات أنه حسن النية ، وأن حجته صحيحة بإحضار عقد رسمي أو عقد عرفي ثابت التاريخ . وليس نقل التكليف شرطًا في

التملك بوضع اليد .

**ثانيًا – حسن النية** : ويكون حسن النية في اعتقاد واضع اليد أن الشخص الذي نقل إليه العقار هو المالك الحقيقي لهذا العقار .

ولا يلزم أن يجهل العيوب الأخرى كعدم الأهلية للتعاقد ، أو عدم الإرادة الكاملة ، فلو تعاقد مع صبي ، أو مع من غشه أو خدعه يكون حسن النية ؛ لأنه مع هذا يعتقد أنه المالك الحقيقي فيملك بوضع اليد في المدة من عشر سنين إلى عشرين سنة .

وهذا بخلاف جهل جميع العيوب في وضع اليد لامتلاك الثمرات ، فهو شرط لازم . ويجب وجود حسن النية عند ابتداء وضع اليد ، ولا يشترط دوامها ، وهذا مخالف أيضًا لما اشترط في تملك الثمار .

حسن النية مفروض بالقانون فعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل . ومع هذا لو ظهر بعد التحري أن ملكية مملك واضع اليد بها عيوب فيصح اتهام واضع اليد بسوء النية ؛ فعليه إثبات جهله بهذه العيوب وقت التملك ، أو أنه وقع في خطأ قانوني معتقدًا صحة حجج التمليك .

يتم التمليك بوضع اليد عشر سنوات إذا كان مالك العقار الذي تقع ملكيته بوضع اليد ساكنًا بدائرة محكمة الاستئناف التابع لها العقار . ويتم التملك بوضع اليد عشرين سنة إذا كان مالك العقار المذكور مقيمًا بغير دائرة محكمة الاستئناف التابع لها العقار [1] .

## بند [ 18 ]

**التشريع الإسلامي** : المدة الضرورية للتملك بوضع اليد لكي يكون وضع اليد حجة تفيد الملكية وتعارض الأدلة الأخرى يجب أن تمضي المدد الآتية في وضع اليد ، ويجب النظر للشيء موضوع النزاع ، وذلك :

---

(1) انظر : البنود من 2262 إلى 2270 ، في الباب الخامس من الكتاب العشرين ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني 209 ، 210 .

## أولًا : في العقار

1 - عشر سنين في :

( أ ) أجنبي غير شريك تصرف فيه بهدم ، أو بناء ، أو هبة ، أو صدقة ، أو زرع ، أو غرس ، أو إيجار ، أو بيع ، أو قطع شجر ، أو فتق عين ، أو إجراء نهر [1] .

( ب ) شريك أجنبي تصرف بهدم أو بناء أو غرس أو قطع شجر متى كان هذا العمل كثيرًا عرفًا .

2 - أربعين سنة في :

( 1 ) قريب ونحوه كالموالى ، والأصهار شريكًا ، أو غير شريك [2] .

3 - فوق الستين في :

( 1 ) أب وابنه في هدم وبناء ، فيجب أن يمر زمن تهلك فيه البينات ، وينقطع العلم ؛ فيجب مرور فوق الستين عامًا على الحيازة .

## ثانيًا : في المنقول

1 - أكثر من عشر سنين في :

( 1 ) قريب شريكًا أو غير شريك أبا أو غيره .

2 - أكثر من ثلاث سنين في :

( 1 ) أجنبي شريكًا أو غير شريك .

3 - سنتان في دابة الركوب وأمة الخدمة في غير الأجنبي الشريك ، وفي الأجنبي الشريك الزيادة على 3 سنين مع ملاحظة ما يأتي :

**أولًا** : أن يكون المدعي على الحائز حاضرًا ساكتًا بلا مانع شرعي يمنع التقاضي [3] .

**ثانيًا** : هذه المدد المحددة في حق البشر ، وأما الوقف فلا يقيد بمدة ، ومثله

---

(1) وإن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا ، وتصرف فيه بهدم ، أو بناء ، أو هبة ، أو صدقة ، أو زرع ، أو غرس ، أو إيجار ، أو بيع ، أو قطع شجره ونحو ذلك ثم ادعى على الحائز أنه حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين ؛ لقوله ﷺ : « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له » الشرح الصغير ( 68/4 ) .

(2) وفي القريب ونحوه كالموالي ، والأصهار على أظهر الأقوال مطلقا شريكا أو غير شريك ما زاد على أربعين سنة الشرح الصغير ( 69/4 ) .

(3) الشرح الصغير ( 68/4 ) .

الغصب والسرقة والحرابة ، فلا تفيد الحيازة فيها الملكية فيقضى بالشيء محل النزاع لصاحبه متى وجد بعينه ، فإن فات يقضى بالقيمة يوم الغصب أو السرقة كما سبق .

**ثالثًا** : هذه المدد تسرى متى كان المالك غائبًا عن مجلس العقد ؛ فإن كان حاضرًا وتصرف المدعي عليه ، ولم ينكر المالك هذا التصرف ، مضى هذا التصرف . ولمن يدعى الملك أخذ الثمن فقط إن لم يطل كسنة ، وإلا فلا ثمن أيضًا بعد السنة . فإن سكت العام بعد العلم ولم يرد فليس له الرد وله أخذ الثمن ما لم يمض ثلاثة أعوام من البيع وإلا سقط حقه منه أيضًا .

**رابعًا** : تنقص المدة في المنقول متى كان لا يتحمل الطول كالثوب مثلًا فحيازته للأجنبي سنة واحدة . ويجب أن يكون وضع اليد بسبب يقتضي التمليك كالبيع والهبة والوصية . وأما المستأجر والأمين والوكيل وما أشبه فلا يفيدهم وضع اليد في الملكية ، ومتى امتنعوا من رد ما تحت أيديهم وقت طلبه اعتبروا غاصبين .

فإن كانت المنقولات أو العقار تحت يد الحائز بعقد ضد الآداب العامة ، أو عقد محرم ، أو كان المتعاقد ليس أهلًا للتعاقد ، أو كان العقد الذي اعتمد عليه واضع اليد فاسدًا لفقده شرطًا من شروط صحته انتقل هذا التصرف إلى أحكام البيع الفاسد ، فلا ضمان إلا بالقبض . ووجب رد المبيع لبائعه إن لم يفت ببيع أو رهن أو هبة أو تغير سوق أو نقل أو تغير ذات إلخ . ولا غلة لبائعه ؛ لأنه في ضمان المشتري ، والغلة بالضمان . ولا رجوع بالنفقة إلا مالا غلة له فله الرجوع . فإن فات المبيع فاسدًا بيد المشترى مضى بالثمن في المختلف فيه ، فإن كان متفقًا على فساده فبالقيمة يوم القبض . وعلى مدعى الملكية بوضع اليد إثبات شروطها من حصول تصرف كتصرف الملاك ومن عدم منازع له في تلك المدة ومن نسبة الملكية لنفسه ، ومن عدم الخروج عن ملكه بناقل شرعي للملكية . والمفروض أن واضع اليد عنده النية الحسنة لافتراض حمل الناس على الصلاح حتى يثبت غير ذلك . ولا يشترط نقل التكليف في التملك بوضع اليد . ويجب أن يجهل واضع اليد أن من نقل إليه الملكية بأي تصرف

كان غاصبًا أو سارقًا إلخ وإلا عد كالغاصب أو السارق سواء بسواء . فإن جهل الغصب أو السرقة فاز بالغلة وأخذ منه الشيء المسروق أو المغصوب لربه ، ولا ينفعه وضع اليد .

ويجب وجود حسن النية في ابتداء وضع اليد وفي دوامها . ومتى علم أنه لا أساس لوضع يده وجب عليه رده لصاحبه ، أو لمن تلقى عنه الملك متى أمكن ذلك . مدة وضع اليد مبنية على طبيعة الشيء المتنازع فيه وعلى علاقة المتصرف الحائز للعقار أو المنقول بمن يدعى الملكية وعلى علمه ، وعدم علمه ، وهذا هو الأصلح لتقدير المصلحة العامة ، لا على وجود العقار في دائرة محكمة المالك الاستئنافية [1] .

## بند [ 19 ] إضافة وضع اليد

**القانون الفرنسي** – إضافة وضع اليد : وهي تتكون من إضافة مدة وضع يد واضع اليد السابق إلى مدة واضع اليد الحالي لتتكون مدة تكفي للتملك بوضع اليد .

فإن كانت الملكية بوصف عام كوارث مثلًا استمر وضع اليد كما كان عند المورث بحسن نية أو بسوء نية بالنظر إلى التملك بوضع اليد – فإن كان مملكه واضعًا يده مؤقتًا ، أو كان مالكًا بسوء نية ، فلا يملك واضع اليد الحالي الانتفاع بالمدة الماضية ولا ينفعه وضع اليد الدائم ولا حسن نيته . بل يجب أن يمر ثلاثون سنة منها مدة وضع يد المملك ، فإن كان المملك حسن النية ومن تلقى عنه الملك الحالي سيئ النية انتفع واضع اليد الحالي بمدة عشر سنين إلى عشرين سنة منهما وضع اليد السابق .

فإن كانت الملكية بوصف خاص كالموصى له بشيء معين في التركة فواضع اليد يبتدئ مدة جديدة ولا علاقة له بمن تلقى عنه الملك . فإن كان واضعًا يده مؤقتًا صح لواضع اليد الحالي ابتداء مدة وضع اليد بحسن نية من تاريخ وضع يده لينتفع بالملكية بوضع اليد من 10 سنين إلى عشرين سنة . وحسن نية واضع اليد

---

(1) ناقش الدردير حيازة الأجنبي غير الشريك في الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 ص 70 .

السابق لا تنفع واضع اليد الحالي متى كان سيئ النية ، فيجب مرور ثلاثين سنة فقط يجوز له إضافة وضع اليد السابق لبلوغ الثلاثين .

**وقف مدة وضع اليد للتملك بها .**

وهو وقف مؤقت في مدة مضي المدة . ونتيجة ذلك منع مضي المدة مادام سبب الوقف موجودًا ، فإن زال السبب ابتدأ مضي المدة من النقطة التي توقف عندها بمعنى أن الزمن الذي مضى لحين الوقوف يضم إلى الزمن الذي ابتدأ .

**أسباب وقوف المدة بنص القانون :**

**أولًا** : تقف مدة وضع اليد ضد القصر المرفوع عنهم الوصاية وغير المرفوع عنهم، وضد المحجور عليهم قضائيًا حفظًا لحقوقهم من الضياع ، فلا يمر الوقت محسوبًا على من ذكر مدة القصر أو الحجر .

**ثانيًا** : تقف مدة وضع اليد بين الزوجين ، مادام الزواج قائمًا محافظة على العلاقة الزوجية من خطر التباغض والنزاع .

**ثالثًا** : في الأصل لا تقف المدة بالنسبة للمرأة المتزوجة كما تقف بالنسبة للقصر والمحجور عليهم حتى بالنسبة للأملاك التي للزوج حق إدارتها ماعدا الرجوع عليه . ولكن يستثنى من ذلك أن المدة تقف لصالح المرأة المتزوجة في الأحوال الآتية :

1 - في نظام زواج المهر بالنسبة للعقار المدفوع مهرًا .

2 - في نظام الشركة الزوجية حتى تختار الزوجة مال الشركة أو ترفض .

3 - في كل أنظمة الزواج الأخرى إذا باع الزوج أملاك زوجته الخاصة بدون رضاها .

ولا تقف المدة لصالح ناقصي العقل غير المحجور عليهم قضائيًا ، حتى ولو كانوا في مستشفى فاقدي الشعور ، ولا لصالح الشخص المعين له مستشار قانوني ، ولا لصالح الشخص المحجور عليه قانونًا عقابًا له لا حماية له ، ولا لصالح تاجر مفلس في مدة رفع يده .

وفي كل حال يوجد مانع قانوني أو فعلي من مباشرة أو رفع دعوى الاسترداد

حصل خلاف بين المذاهب والقضاء ، فالقضاء يقول تقف المدة المقررة للتملك بوضع اليد حتى يزول السبب ، والمتشرعون يقولون لا تقف المدة في غير ما نص عليه قانونًا [1] .

## بند [ 20 ] التشريع الإسلامي

يشترط في صحة قبول دعوى المدعي على واضع اليد في مدة الحيازة المعتبرة شرعًا :

1 – أن يكون حاضرًا بالبلد لم يخف عليه أمر الشيء المحوز لقربه منه . فلو كان حاضرًا وهو غير عالم فله القيام إذا أثبت عدم علمه . ولا يعتبر مضي مدة الحيازة الشرعية إلا وقت علمه .

2 – أن يسكت بعد علمه بوضع اليد وتمضى بعد علمه وسكوته مدة الحيازة ؛ فلو نازع أو قاضى فلا يسقط حقه بمضي المدة . ولا يعتبر مضي المدة حيازة شرعية إلا من يوم سكوته حتى مضت المدة .

3 – ألا يكون عند المدعي على واضع اليد عذر حسي أو قهري أو مانع شرعي يمنعه من القيام بحقه . فإن كان غائبًا أو حاضرًا ومنعه من التقاضي مانع فإنها تسمع بينته ودعواه . ولا تعتبر مدة الحيازة الشرعية في حقه إلا بعد زوال العذر الشرعي القائم . ومن الموانع الشرعية [2] : الصغر ، والسفه ، والجنون ، وخوف سطوة ظالم ، أو بطش واضع اليد .

---

(1) انظر : البند 2235 من الباب الثاني ، كذلك البنود من 2251 إلى 2259 في الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب العشرين ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 203 ، 206 ، 207 ، 208 .

(2) هذا النص يقابل المادة 949 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « من حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني أو حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي » ، وهي تتفق مع المادة 1/1158 من التقنين العراقي ، المادة 1181 من التقنين الأردني ، المادة 935 من الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ص 387 ، 388 ) .

4 - ألا يكون واضع اليد غير مشهور بالعداء ، والغصب ، والسَّرقة لأموال الناس ، فإن كان مشهورًا بذلك فإن الحيازة لا تنفعه .

فإن كان وضع اليد بغصب ، أو سرقة ، أو حرابة فلا يسقط حق الاستحقاق ( الاسترداد ) مهما طال الزمن مادامت عين الشيء المغتصب ، أو المسروق ، أو المأخوذ حرابة [1] موجودة ؛ فإن فاتت فالضمان بمثل المثلي أو قيمة المقوم ؛ فإن كان الشيء محل النزاع موروثًا أو موهوبًا أو مباعًا ، ولم يكن المورث أو الواهب أو البائع غاصبًا أو سارقًا أو محاربًا ، فإن واضع اليد بحسن نية ينتفع بوضع اليد السابقة .

أما الوارث فقد ورث الشيء ، وماله من حقوق كوضع اليد مثلًا والموهوب له كذلك ، وأما المشترى فقد التزم البائع ضمان المبيع من الاستحقاق بمقتضى عقد البيع ، والمفروض في هؤلاء جميعًا حسن النية حتى يثبت خلافه .

فإن كان المشتري والوارث والموهوب له من الغاصب يعلمون بالغصب فهم كالغاصب يجرى فيهم ما جرى فيه من ضمان مثل المثلي أو قيمة المقوم ، ويضمنون الغلة والجائحة [2] السماوية ؛ لأنهم غصاب بعلمهم فيتبع رب المغصوب أيهما شاء . والمعتبر علم المشتري من الغاصب وعلم الناس في موهوب الغاصب . والوارث ضامن لما ورثه عن الغاصب من عين وغلة حتى عند عدم العلم بالغصب اتفاقًا . والمنظور إليه واضع اليد في حسن النية أو سوء النية ، فمن تلقى ملكه عن الأمين الممتنع عن رد الأمانة أو المستأجر أو المستعير الممتنع عن رد العين المؤجرة أو المستعارة فهو غاصب ولا حيازة له متى علم بذلك . وإن لم يعلم فهو حسن النية غير أن وصف الاغتصاب ما زال واقعًا على عين الشيء غير

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 920 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح » فيما أشار إليه فقهاء المالكية في حديثهم عن الحيازة بين الأقارب ، مواهب الجليل للحطاب 226/6 ، وهو ما تفيده كذلك المادة 50 من مرشد الحيران ، حيث نصت على أنه « للمبيح أن يرجع عن إباحته ، ولا يلزم بالإذن والرضا » . وهو ما أخذت به المواد 1146 من التقنين العراقي ، 1172 من التقنين الأردني ، 611 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 920 ) .

(2) الجائحة : جاحهم جيحا ، وجائحة أي دهاهم وأصابهم . لسان العرب مادة جيح جـ 1 ص 737 .

المردود لصاحبه ( العين المستأجرة أو المعارة أو المؤتمن عليها مثلًا ) فله استرداده ولا يتقيد بمدة الحيازة الشرعية [1] .

## وقف المدة :

لا تسري المدة مادام هناك مانع حسي كغيبة أو عدم علم ، أو زوال أهلية التصرف والتقاضي كالجنون ، أو قيام المانع كصغر أو سفه مثلًا . كل هذا مانع من مضي مدة الحيازة ، فلا تبتدئ مدة الحيازة إلا بعد زوال هذه الموانع ، ولا تحتسب مدة قيام هذه الموانع .

وأما بين الزوجين فلا تقف المدة ؛ لأن لكل واحد منهما التصرف كما يشاء في أملاكه بلا علاقة بينهما إلا تصرف الزوجة بالهبة فيما زاد عن الثلث فموقوف على إجازة الزوج . ولا يمضى إلا بعد علمه وسكوته كما سيأتي ذلك في الهبة .

وأما ناقص العقل وفاقد الشعور فمتى ثبت ذلك خصوصًا إذا كان في مستشفي الأمراض العقلية ؛ فلا تمضي عليه المدة ؛ لأن المحافظة على أملاكه تقضي بحمايته . فلو أجزنا الحيازة وسريانها عليه لعرضنا أملاكه للضياع فهو كالصغير [2] ، وأما نظام المستشار القانوني [3] فغير موجود في التشريع الإسلامي كما سبق . أما وضع

---

(1) يقول الدردير « لو ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ، واستحقه الحائز لقوله ﷺ « من حاز شيئًا عشر سنين فهو له » .
الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 .

(2) يشير المؤلف بذلك إلى الأعذار المفيدة لسماع دعوى الملك متى حال بين صاحب الحق والمطالبة بحقه عذر شرعي ، وقد أشارت لهذه الأعذار المادة 157 من مرشد الحيران التي نصت على أنه إذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحددة ، كان ذلك المدعي غائبًا أو قاصرا أو مجنونًا ولا ولي لهما ولا وصي فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الإرث أو الوقف مالم يحضر الغائب ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويترك الدعوى بعد حضوره أو بلوغه أو إفاقته مدة تساوي المدة المحددة . وهو ما نصت عليه كذلك المادة 1663 من المجلة العدلية وهو ما أخذت به المواد 909 كويتي ، و 975 مصري ، و 1192 عراقي ، و1186 أردني .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 376 ) .

(3) يتسق حكم الحيازة بالواسطة مع نصوص الفقه الإسلامي . إذ إن الحيازة بالواسطة إنما تكون بأن يباشر الحائز الأعمال المادية بواسطة شخص آخر يعمل لحسابه . والفقه الإسلامي يتحدث عن اليد التي تكون دليلا على الملك مع التصرف بنحو الوديعة والعارية والإجارة والرهن ( انظر قول الزيلعي في فتح القدير جـ 6 =

الصغير تحت الاختبار في أملاكه وإدارتها فهو ملحق بالصغير فتقف مدة الحيازة لأن تصرفه ليس مطلقًا ، بل هو خاضع لوصيه ، ونفاذه ونقصه ، تابع لمصلحته . وأما الشخص المسجون فيمكنه أن يوكل غيره لمباشرة المحافظة على حقوقه فتسري مدة الحيازة عليه . فإن مُنِعَ ولم يمكّنْ من إقامة وكيل كان هناك مانع حسي من مباشرة حقوقه ، فلا تسري عليه مدة الحيازة الشرعية حتى يفك أسره أو تطلق له حريته ، فتبتدئ المدة في الحيازة . وأما المفلس مدة رفع يده فيمكنه التقاضي . وإن لم يفعل قام دائنوه بماله من الحقوق محافظة على دينهم ؛ فتسري في حقه مدة الحيازة . وفي كل حالة يوجد مانع قانوني كعدم الأهلية أو مانع فِعْلى كالنفي مثلًا وعدم التمكن من التقاضي أو الطلب فإن المدة تقف ، ولا تسرى مدة الحيازة حتى يتمكن صاحب العذر الشرعي من مباشرة حقوقه [1] .

## بند [ 21 ] قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد

**القانون الفرنسي :**

قطع المدة المقررة هو وقوف سريان المدة المقررة للتملك بوضع اليد بحصول بعض أفعال محدودة بالقانون ، بمعنى أن الوقت الذي مضى للآن يُمْحَى ، ولا يصح ضمه للحصول على الملكية بوضع اليد المدة المقررة .

والفرق بين وقف المدة ، وقطع المدة أن وقف المدة هو وقف مؤقت ما دام السبب ، ومتى زال السبب سرت نفس المدة الموقوفة ؛ فيحسب ما مضى من الوقت قبل الوقوف على المدة المبتدأة بعد زوال السبب ، وأن قطع المدة هو زوال للمدة السابقة على السبب القاطع فتبتدئ مدة جديدة للتملك بوضع اليد .

---

= ص 24 ، 25 ) وفي شرح النيل وشفاء العليل أنه تجوز الحيازة لجميع الناس ذكرا أو أنثى بالغا أو طفلًا ، حرًا أو عبدًا ، ويحوز الرجل لنفسه ، أو لمن ولي أمره أو لغيره » . وهو ما أخذت به المواد : 951 مصري ، 908 كويتي ، 919 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 375 ، 336 ) .

(1) يقول الدردير : وإن حاز أجنبي غير شريك عقارًا وتصرف فيه ثم ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشْرَ سنين لم تسمع دعواه ولا بينته . الشرح الصغير جـ 4 ص 68 ، 69 .

## أسباب قطع المدة :

تقطع المدة بسببين : أحدهما مدني ، والثاني طبيعي .

**أولًا – قطع المدة المدني** : يوجد سببان لقطع المدة المدني :

1 – المتابعة القضائية ، وهي أعمال قضائية تقطع مدة وضع اليد للتملك .

2 – إعلان الحضور أمام القضاء أيًا كان القاضي ( قاضي الصلح ، أو المدني ، أو التجاري ) ، وليس لابتداء قضية بل لتأجيلها ، بل أيضًا ردًا على دعوى المدعى عليه ، بل في دعوى مرفوعة من ثالث .

**ويعتبر من الأعمال القضائية غير القاطعة لمدة وضع اليد .**

1 – حينما يكون طلب الحضور باطلًا شكلًا بشرط أن يكون بطلانه بحكم المحكمة . ومع ذلك فطلب الحضور أمام قاض غير مختص قاطع لمدة وضع اليد .

2 – متى تنازل الطالب عن طلبه فيفترض كأن الطلب لم يكن .

3 – إذا ترك الطالب قضيته سقطت ومضى عليها ثلاث سنوات ، ولم يجدد السير فيها .

4 – إذا رفض الطلب ؛ إذ المفروض أنه رفض لنهاية مدة قبوله ولم يمس نفس الحق .

5 – إعلان الصلح وهو عرض الصلح الابتدائي في غالب الطلبات أمام محكمة الدائرة المدنية وهذا لا يقطع المدة إلا بشرط أن يتبعه إعلان طلب حضور في مدة شهر 2245 م .

## نتيجة قطع المدة :

1 – قطع المدة الناتج من متابعة الأعمال القضائية يجعل قضية استرداد العقار مقبولة ، وتمنع المدعى عليه من الوصول إلى التملك بوضع اليد مدة رفع الدعوى ، ولا تسمح بابتداء مدة جديدة لوضع اليد للتملك .

وفي الواقع إما أن تقبل دعوى المدعي ، وهو المالك الحقيقي فيضع يده على العقار ، وإما أن ترفض دعواه وحينئذ يعتبر قطع المدة كأن لم يكن .

2 – الاعتراف بحق المالك متى اعترف واضع اليد بحق المالك انقطعت المدة في

التملك بها ، والاعتراف صريح أو ضمني ؛ فالصريح ما يحصل بأي شكل كان ولو بخطاب خاص ، والضمني كل ظرف يفهم منه الاعتراف بالملكية . ونتيجة ذلك أن المدة التي مضت تعتبر لاغية ، لكن هنا في الاعتراف يمكن أن تبتدئ المدة من جديد ، بخلافها في المتابعة القضائية .

## ثانيًا : قطع المدة الطبيعي

يوجد سبب واحد لقطع المدة الطبيعي ، وهو حرمان واضع اليد من التمتع لمدة سنة سواء أكان المانع هو المالك أم غيره .

**نتائج التملك بوضع اليد المدة الطويلة .**

وضع اليد المدة الطويلة يعطي الملكية لواضع اليد على العقار ، لكن لا يمحو هو نفسه الحقوق العينية المثقل بها العقار . وبيان ذلك :

**أولًا** : وضع اليد المدة الطويلة يفيد ملكية العقار لواضع اليد ملكية مؤكدة بوضع اليد المدة الطويلة فتملك الملكية بذلك .

**ثانيًا** : وضع اليد المدة الطويلة لا يمحو الحقوق العينية التي على العقار فيبقى حق التمتع ، وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الانتفاع ، والرهن على العقار فيملك واضع اليد العقار مع بقاء هذه الحقوق على العين المتملكة ؛ فلا تسقط عن العين إلا بمضي المدة المقررة للسقوط فلا علاقة بين السببين ، وإن كانا قد يتفقان إذا ابتدآ معًا وكانت مدتهما 30 ثلاثين سنة .

**ثالثًا** : التملك بوضع اليد المدة الطويلة لا يمحو الحق الشخصي الذي على العقار .

الدعاوى الشخصية المتعلقة بالعقار المتملك لا تمحى كنتيجة للتملك بوضع اليد المدة الطويلة كدعوى البطلان لعدم الأهلية للتعاقد ، أو لنقص إرادة البائع فيجوز للبائع رفعها ضد واضع اليد ، ولا يسقط هذا الحق إلا بمضي عشر سنوات . كذلك دعوى إرجاع العقار أو دعوى التعويض فلا يسقطان إلا بمضي المدة المقررة لهما قانونًا ووضع القانون قاعدتين لحصول نتائج التملك بوضع اليد .

**أولًا** : التملك بوضع اليد لا يحصل بموجب القانون بمعنى أن القضاء لا يجب

عليه الحكم به من تلقاء نفسه ، بل لا بد لواضع اليد أن يدعيه صراحة في دعوى الاسترداد .

**ثانيًا** : نتائج التملك بوضع اليد تنسحب على الماضي ، هذا التملك ينسحب إلى أول يوم وضع اليد على العقار بشكل لا يقبل الجدل .

**التنازل عن التملك بوضع اليد** : وضع القانون الحالتين التاليتين لإمكان التنازل عن التملك بوضع اليد .

**أولًا** : لا يمكن التنازل عن وضع اليد مقدمًا .

**ثانيًا** : يمكن التنازل عن التملك بوضع اليد المدة الطويلة ؛ لأنه حق خاص ولا دخل للحق العام فيه ، فيجوز لصاحبه التنازل عنه . وبما أن التملك بوضع اليد لا يحصل بقوة القانون بل يجب أن يتمسك به من وضع يده بالشروط القانونية ، فلو لم يتمسك به فلا يخرج شيء عن ملكيته . فقط هذا ترك لحق كان يصح له التمسك به ؛ ولذلك يجب فيمن يتنازل أن يكون أهلًا للبيع والتصرفات العقارية ، كما يصح أن يكون التنازل صريحًا أو ضمنًا .

## حقوق الدائنين قِبَلَ من تملك بوضع اليد :

الدائنون لهم حقوق في مادة التملك بوضع اليد قبل مدينهم كبقية المواد الأخرى فلهم :

**أولًا : المعارضة**

يجوز لدائني من تملك بوضع اليد المعارضة بالتملك بوضع اليد بمضي المدة إذا أهمل المدين التمسك بهذا الحق .

**ثانيًا** : يجوز للدائنين إبطال تنازل مدينهم عن التملك بمضي المدة بدعوى ( بولين ) متى أضربهم هذا التنازل [1] .

### بند [ 22 ] التشريع الإسلامي

يشترط في سريان مدة الحيازة أن يكون المدعي حاضرًا بالبلد لم يخف عليه أمر

(1) انظر : البنود من 242 إلى 250 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 57 : 59 .

المحوز ، وأن يكون ساكتًا فلو كان حاضرًا وعلم ، ثم سكت مدة ثم قام يطالب المدعي بما تحت يده ، فإن المدة التي سبقت الطلب قد بطلت ولا تحتسب في المدة المقررة ؛ فلو سكت المدعي بعد الطلب مدة الحيازة الشرعية فتحسب من وقت سكوته دون المدة التي قبل الطلب ؛ لأنها قطعت .

ومعلوم أن قطع المدة إنما يكون بمحوها ، ووقف المدة يكون بسبب طارئ أوجد عند المدعي عدم القدرة على الطلب ، فتقف المدة مدى قيام المانع . ومتى زال المانع استؤنفت فتحسب على المدة الأولى التي أوقفت .

وسبب قطع المدة هو منازعة المدعي للمدعى عليه في وضع يده أيًا كان نوع النزاع بما يفيد أن المدعى عليه لا حق له في وضع يده وحيازة الشيء المحوز ؛ لأنه ملك للمدعي . والنظر للقاضي فيما يعتبر نزاعًا في وضع اليد من عدمه إذا اختلف المتداعيان في ذلك [1] .

ونتيجة قطع المدة أن النزاع إما أن ينتهي بحكم فاصل أو بترك من المنازع ، فالحكم الفاصل إما بأحقية المدعي للشيء المتنازع فيه وإذن يستلمه ، وإما برفض دعواه لعدم إمكانه إثبات دعواه ، فتكون المدة بعد الفصل بعدم الاستحقاق أو بعد الترك إذا احتاج الأمر لها مستقبلًا . وعلى كل حال لا تتم مدة الحيازة الشرعية بعد قطعها .

ويجوز للحائز أن يعترف بأحقية المدعي بدعواه متى كان حائزًا للصفات التي تجعل اعترافه صحيحًا ، كما يجوز له الاعتراف بعدم أحقيته لما وضع يده عليه بدون تقاض متى كان ذا أهلية شرعية أيضًا . بل يجب عليه الاعتراف بذلك متى علم أنه لا حق له ، وأن المطالب هو المحق فيما يطلب . فإن اعترف بالحق ثم سكت صاحبه عن أخذه وبقي في يد الحائز مدة الحيازة الشرعية من وقت اعترافه وجب عليه رده لمالكه ديانة وَمَلَكَهُ قضاء بمضي المدة إلا إذا كان معتبرًا غاصبًا

---

(1) يشير المؤلف إلى قضية قطع الحيازة بمنازعة الحائز فيها ، وهو ما تعرضت له المادة 1755 من المجلة العدلية ، ونصها : « إذا تنازع شخصان في عقار وادعى كل منهما كونه ذا يدٍ في ذلك العقار فتطلب البينة من كل واحد منهما على كونه ذا اليد » ، وهو ما تناولت أحكامه المواد 963 مدني مصري ، و925 المشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، و913 كويتي و 1175 أردني .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 925 ) .

كالأمين ، والوكيل ، والمستأجر مثلًا ؛ فلا يفيده وضع اليد المدة الطويلة .

والانقطاع عن استعمال الحق لا يلغي هذا الحق ؛ فلو لم يستعمل واضع اليد المحوز لمدة سنة لأي سبب كان فلا يقطع المدة ما دام المالك الحقيقي عالمًا ساكتًا بلا عذر في مدة الحيازة الشرعية .

**التملك بالحيازة المدة الطويلة** لا يسقط الحقوق العينية المترتبة على الشيء المحوز ، فلو كان عقارًا مرهونًا أو عقارًا عليه حق ارتفاق ، أو سكنى ، أو مرور مثلًا ، ثم وضع الحائز يده المدة المقررة شرعًا ، فتملَّكه ، فلا يمس هذه الحقوق بشيء متى كانت ثابتة شرعًا . ولأصحابها استعمالها بعد التملك كما كانوا قبل التملك . وكذلك التملك بالحيازة لا يلغي الحقوق الشخصية على العقار كما إذا كان العقار مغتصبًا ، ثم حازه شخص لا يعلم حقيقته مدة الحيازة الشرعية ، فللمالك رفع دعواه لاسترداده ، ولو بعد هذه المدة ، أو كان البائع غير أهل للتعاقد ، واطلع على العقد الولي أو مقدَّمُ القاضي ، ولو بعد هذه المدة ، فله التقاضي ، وفسخ العقد لبطلانه من مجنون أو سفيه أو صبي مثلًا .

ووضع اليد على الشيء المحاز مدة الحيازة حجة للحائز ، والقضاء يقضي بالحجة ، فلا ينتصب القاضي مدافعًا عن المدعى عليه ، إلا إذا كان لجهة وقف وليس للآدمي فيها حق فيجب على المدَّعَى عليه الدفع بالحيازة [1] ، وإلا فلا يقضى القاضي له بذلك من غير طلب . فإن لم يتمسك المدعى عليه بهذا الحق ، وكان مدينًا يخشى عليه عدم السداد بما في يده فلدائنيه التمسك بهذا الحق ، لإدخال المحوز ضمن أملاك مدينهم للسداد منها ، إذا أهمل مدينهم التمسك بهذا الحق . كما أن لهم طلب بطلان تنازل مدينهم عن هذا الحق متى أضرَّبهم تنازله .

ولم يأت ( بولين ) بقاعدة جديدة ليست مقررة في التشريع الإسلامي حتى ينسب إليه هذا التشريع . وإنما أخذه من التشريع الإسلامي ونسبه لنفسه ، فكان جديدًا ، وتشريعًا محدثًا ؛ ولهذا سمي باسمه ، وسيأتي ذلك مفصلًا في الإفلاس

(1) حق دفع التعرض للحائز أو لمن ينوب عنه أو ممثله القانوني هو ما أشارت إليه المادة 940 من مشروع القانون المدني ، طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 923 من التقنين الكويتي . والمادة 1/1175 من التقنين العراقي . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

إن شاء الله تعالى [1] .

## بند [ 23 ] إضافة الملحقات للمالك

**القانون الفرنسي :**

إضافة الملحقات للمالك هي طريقة تمليك الملكية الناتجة عن القاعدة الآتية ( كل ما يمكن أن ينضم أو يتجمع إلى شيء مملوك لشخص فهو ملك لمالك الشيء المذكور حسب الترتيب المنصوص عليه قانونًا ) .

وما يضاف للملك من الملحقات ثلاثة أشياء :

**أولًا** : ملحقات عقار إلى عقار .

**ثانيًا** : ملحقات منقول إلى عقار .

**ثالثًا** : ملحقات منقول إلى منقول .

**أولًا : ملحقات عقار إلى عقار**

يفترض القانون في هذه المسألة أن ملكية واقعة بطول مجرى ماء ، فيعرض لها أربعة أحوال للملحقات :

( 1 ) الطمي .

( 2 ) قطعة أرض تقطع من حافة النهر للحافة الأخرى .

( 3 ) الجزر . ( 4 ) مجرى النهر المتروك .

( 1 ) الطمي وهو الرواسب المتكاثرة التي تتكون بالتتابع بطول شط نهر أو نبع ، والطمي الذي يتكون من مجرى الماء يتعلق بمالك الشط المجاور ، فيكون ملكًا له بطريق إضافة الملحقات للمالك ، بدون تفرقة بين الأنهر الصالحة للملاحة ، وغير الصالحة لها . وكذلك أرض البحر الذي يكشفها ماؤه من ناحية شط يتحول عنه تكون ملحقة لملك المالك بالإضافة .

والطمي في البرك والمستنقعات لا تطبق عليه إضافة التوابع ؛ فمالك البرك

---

(1) يقول ابن رشد : أجمع العلماء على أن من اغترس نخلًا أو ثمرًا بالجملة ونباتًا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت بالحديث [ وليس لعرق ظالم حق ] والعرق الظالم عندهم من اغترس في أرض الغير . بداية المجتهد جـ 2 ص 322 .

والمستنقعات يحتفظ دائمًا بالأرض المغطاة بالماء متى كانت الأرض في علو مصرف المستنقع ، إن قُدِّرَ نقص الماء . ومالك البرك والمستنقعات لا يملك الأرض التي يطغي عليها ماء البرك والمستنقعات من الأملاك المجاورة . والطمي الناتج من البحر لا يملكه أحد من المجاورين للبحر ، وإنما تملكه الحكومة ، ويعتبر من أملاكها الخاصة .

( 2 ) قطعة أرض تقطع من حافة وتلحق بحافة أخرى : يقال وجد قطع متى وجدت قطعة كبيرة معروفة من حقل مجاور لمجرى الماء ورفعت بقوة سريعة نحو حقل أسفل منه أو إلى شط مقابل ، وهذه القطعة من الأرض في ملك صاحبها الذي كان يملكها ، وعليه رفع دعوى الاستحقاق في مدة سنة من تاريخ قطعها ، ثم يسقط حقه بعد ذلك ، إلا إذا كان المالك الذي انتقلت بجواره هذه القطعة لم يضع يده عليها .

الجزر الصغيرة والكبيرة التي تتكون في وسط الأنهر القابلة للملاحة أو القابلة للسباحة تكون ملكًا للحكومة ، وتعتبر من أملاكها الخاصة . فإن تكونت هذه الجزر في نهر ليس قابلًا للملاحة ، ولا للسباحة ، فهي ملك لمالك الشط القريب ، باعتبار أن وسط النهر هو الحد الفاصل . فإن كانت في وسط النهر فهي ملك لمالكي الشط مناصفة بينهما . فإن تكونت جزيرة في حقل على الشط فهي ملك لمالك الشط [1] .

## مجرى النهر المتروك :

مجرى النهر القابل للملاحة والسباحة إذا تحول عنه الماء وكوَّنَ له مجرى آخر فإن المجرى القديم المتروك يكون ملكًا للحكومة من أملاكها الخاصة . لكن يثبت لمالك الشط الأخذ بالشفعة في هذه الأرض المتروكة . وإن كان مجرى النهر غير قابل للملاحة والعَوْم فإن حق الملكية للمجرى المتروك يكون لمالكي الشط حسب خط وسط النهر .

## بند [ 24 ] إضافة الملحقات للمالك عقار إلى عقار

### التشريع الإسلامي :

**أولًا** : الطمي وهو الرواسب التي يحملها الماء فتتكون بطول شط النهر أو النبع ؛ فإن كان النهر أو النبع خاصًا في أملاك خاصة يجرى لمصلحة المالك فما تكون فيه

---

(1) انظر : البنود من 551 إلى 564 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 : 127 .

من الطمي يكون ملكًا خاصًا لمالك النهر أو النبع . وإن كان النهر عامًا لعدة منتفعين سواء أكان صالحًا للملاحة أم لا فما كان فيه من طمي كان ملكًا لمالك الشط المجاور له . فلمجاور الشط الذي تخلف فيه الطمي ، أو الذي ألقاه العمال على شطه وقت التطهير منعُ من يريد أخذه لأنه ملكه [1] . فإن انكشف النهر عن أرض ، وانتقل عنها فإنها تكون ملكًا للمسلمين أي ملكًا للدولة كما كان البحر ، ولا يملكه من يليه من الشط ولا من دخل النهر في ملكه . وللوالي التصرف فيه حسب المصلحة كما يرى في أملاك الدولة [2] . وقال عيسى بن دينار [3] إنها تكون لمن يليه ( أي تكون الأرض التي انكشف عنها البحر لصاحب أرض الشط المجاور لتلك الأرض المنكشفة ) ، وعليه القضاء والفتيا . والرواسب والطمي في البرك والمستنقعات لمالكها ، ولا يضر ملكيته عدم الاستعمال مدة تغطيتها . فإن طغى ماء البرك والمستنقعات على أرض الغير فلا يملكها مالك البرك والمستنقعات بل تبقى على ملكية صاحبها حتى ينحسر عنها الماء . فإن كان مجرى ماء النهر أو النبع أو السيل مملوكًا لشخص قبل مرور الماء فيه ، أو مملوكًا له بعد مرور الماء فيه ، فإنه يبقى مملوكًا له بعد تحول الماء عنه ، ولا

---

(1) الحكم بملكية الأرض ، التي تتكون مما يجلبه النهر من طمي ، للملاك الذين التصق ذلك بأرضهم هو ما تناولته المادة 887 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكًا للملاك الذين التصقت بأرضهم » ، وهو ما أخذت به المواد 1113 عراقي ، 1131 أردني ، 1240 من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : النهر إذا جاء بطين إلى أرض أحد فهو ملكه لا يسوغ لآخر أن يتعرض له . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(2) رأي عيسى بن دينار في ملكية صاحب الأرض المجاورة لما يطرحه النهر من طمي وما ينكشف عنه من أرض ، شريطة البناء عليها أو استزراعها وإحيائها هو الذي كان عليه العمل في كثير من قوانين البلاد العربية . وطبقًا لذلك فإن سلطة الدولة على الأرض الصحراوية غير المنزرعة كانت سلطة سيادة ، لكنها لم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدَّولة ملكية خاصة . وفي مصر صدر القانون رقم 100 لسنة 1964 لتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة فلم يعد هناك مجال في القانون المصري لتملك الأرض بالاستيلاء المصحوب بالتعمير على النحو السابق الذكر ، وأصبح النظر لهذه الأراضي على أنها مملوكة للدولة ، وهو الرأي المرجوح في الفقه المالكي . ويتفق إسناد ملكية مثل هذه الأراضي للدولة مع ما جاء في المادة 1115 من التقنين العراقي ، والمادة 1135 من التقنين الأردني انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 359 .

(3) هو عيسى بن دينار بن وهب القرطبي ، به وبيحيى انتشر علم مالك بالأندلس ، ولم يسمع مالك ، وسمع ابن القاسم وصحبه ، معوَّل عليه ، وله عشرون كتابًا في سماعه منه . ألف في الفقه ، كتاب « الهدية » عشرة أجزاء ، كان ابن وضاح يقول : هو الذي علم أهل الأندلس الفقه توفي سنة ( 212 هـ ) ترجمته في : سير أعلام النبلاء ( 152/9 ) والعبر ( 363/1 ) وشجرة النور الذكية ( 64 ) .

يملكه أحد غير مالكه الأول ، إلا بوجه شرعي من وجوه التملك . والطمي الخارج من البحر ( والمراد بالبحر الملح ) والأرض التي تركها وانحسر عنها تكون ملكا للدولة [1] ، يتصرف فيها ولي الأمر كما يرى المصلحة ؛ لأن البحر ملك للدولة فكذا ما نتج عنه من طبيعته لا من خيراته فهي ملك للجميع كالسمك ، والصدف ، إلا إذا قيده الحاكم بتصريح فيجب اتباع أوامره [2] . إذا تحول مجرى الماء أو النهر أو السيل وسط أرض مملوكة لشخص وشطرها شطرين فهما ملك لصاحبهما . وكذا مجرى الماء . وله الانتفاع بالأرض المشطورة بقسميها ، ولا يشاركه فيها أحد .

الجزر صغيرة أو كبيرة والأرض التي حدثت من طمي الأنهر التي تسير فيها السفن تكون مملوكة للحكومة [3] ما لم يكن طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح . والأراضي والجزائر الحادثة من الطمي داخل الأنهر غير القابلة للملاحة تكون ملكًا لصاحب الأرض بالساحل القريبة منه ، فإن تكونت بالوسط أو على الجانبين تقسم بين مجاوري الساحلين ، ويجعل خط وسط النهر فاصلًا بين الشريكين .

## مجرى النهر المتروك :

الذي به القضاء أو الفتوى أن جرية الوادي القديمة إذا انصرف عنها إلى ناحية

---

(1) تضمنت المادة 1115 من التقنين العراقي وتتفق مع المادة 1135 من التقنين الأردني والمادة 920 مدني مصري والمادة 889 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم بأن ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كمياه البحيرات والبرك لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضٍ . وبهذا فإن مثل هذه الأراضي تكون على ملك الدولة .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 359 ) .

(2) تضمنت المادة 885 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة حق الدولة في تنظيم ما يجده الأفراد في الأنهار وباطن الأرض بما لا يخرج عما ذكره المؤلف ، وهو ما تضمنته المواد 879 من التقنين الكويتي ، 1103 من التقنين العراقي ، و 873 من التقنين المصري والمادة 1079 من التقنين الأردني وهو ما أوضحته المادة 148 من مرشد الحيران ، ونصها : « إذا وجد في أرض عشرية أو خراجية مملوكة لشخص معين ، ذهب أو فضة أو حديد أو نحاس أو نحوه من الجوامد التي تنطبع بالنار فإنه يكون ملكًا لمالك الأرض . وعليه الخمس للحكومة . وإن وجدت مملوكة لغير معين كأراضي الحكومة تكون كلها للحكومة .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ) .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المواد 1234 – 1240 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 1135 أردني و 1115 عراقي و 919 مصري و 888 من المشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما سبقت الإشارة إليه قبل قليل .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

أخرى ، أو جف وانقطع هي للذين يلونه من جهتيه . ولا تكون مواتًا ، إذا لم تكن مملوكة لأحد . وإلا فهي له ؛ وذلك كنهر بجانب قرية يبس من ناحية منه شيء حتى صار أرضًا تكون لصاحب الأرض التي تلي النهر من الناحية التي يبست إن كانت الأرض لرجل . وإن كانت بورًا لقوم فهي على سبيل البور . فإن كان النهر منشأً على نفقة الأشغال العامة للدولة فهو ملك للأمة . وإن كان مجرى كبيرًا كذلك . والجاري عليه العمل الآن في الديار المصرية أن طرق الري والصرف العامة التي تمر في عدة بلاد هي ملك للدولة ؛ لأن ملكية الأفراد التي تقع في طريقها تنزع ملكيتها للصالح العام وتدفع خزانة الدولة ثمنها لأربابها . فمثل هذه لو جفت ، أو بطل العمل منها لمرورها من جهة أخرى ، فلا يجوز لأحد تملك مجراها ، حتى ولا بوضع اليد المدة الطويلة إلا إذا باعتها الحكومة متى وجدت في بيعها مصلحة . والظاهر أن حكم التشريع الوضعي مبنى على أن مجرى النهر لم يكن ملكًا لأحد ، وإلا لا معنى لتركه لمن يليه من الجانبين بلا مقابل ، وهو من مِلْكِ الدولة الخاص كما يقولون [1] .

## بند [ 25 ] ثانيا : ملحقات منقول إلى عقار

**القانون الفرنسي** : توابع شيء منقول إلى عقار توجد في المزروعات أو المباني أو شيء آخر في الآتي :

**أولًا** : من زرع أو بنى على ملكه بمنقول الغير .

**ثانيًا** : من زرع أو بنى على ملك غيره بمنقوله .

ففي مسألة إحداث الزرع أو البناء أو أي شيء آخر على ملكه ، ولكن بأدوات غيره تكون ملكية هذا الشيء المحدث ملكًا للمالك ، ولو كان استعماله لأدوات

---

(1) القاعدة الفقهية أن الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد من الناس تكون مواتا ، يتملكها الأفراد بإحيائها والاستيلاء عليها بإذن الإمام ، على الخلاف الفقهي في اشتراط الإذن . وقد كان هذا هو الوضع في مصر بموجب المادة 874 من القانون المدني إلى أن صدر القانون رقم 100 لسنة 1964 فأصبحت العقارات المملوكة للدولة تشمل الأراضي الزراعية الواقعة داخل الزمام وأراضي طرح النهر والأراضي الصحراوية والبور والفضاء ، وأوضحت المادة الثالثة من هذا القانون أن الطريق الوحيد لتملك هذه العقارات هو الشراء بطريق التوزيع أو الممارسة أو المزاد العلني . ويتفق هذا التنظيم الذي أتى به هذا القانون مع الرأي الفقهي الذي يشترط إذن الإمام لاكتساب الملكية بالإحياء ، انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 358 .

الغير بسوء نية للقاعدة ( من ملك الأرض ملك ما فوقها ) ، ولمالك الأدوات الحق في طلب ثمنها من المالك ، وله طلب تعويض عن حرمانه من استعمال أدواته ، ولكن القانون منع حق أخذها بعد أن اتصلت الأرض .

وفي مسألة إحداث الزرع أو البناء أو أي عمل آخر على ملك الغير بأدواته ، تكون ملكية هذه المزروعات والمحدثات إلى مالك الأرض تطبيقًا للقاعدة ( من ملك الأرض ملك ما فوقها ) . فإن كان الزارع أو الباني مثلًا فعل بسوء نية فمالك الأرض بالخيار : إما إبقاء ما زرع أو بنى مع دفع ثمن الأدوات ، وأجر العمل فقط بدون نظر إلى ما زادته هذه المستحدثات في قيمة الأرض ، وإما إزالتها على حساب من أوجدها مع جواز طلب تعويض عن التلف الذي حصل بسبب هذه المزروعات أو المباني . فإن كان الزارع أو الباني فعل بحسن نية فلا يجبر الفاعل على هدم ما فعل ورفع أنقاضه مثلًا ، بل يخير مالك الأرض إما بدفع ثمن الأدوات وأجرة العمال ، وإما بدفع مبلغ مساو لقيمة ما زاده العقار بعد إحداث المباني أو الزرع إلخ ، ولو كانت أقل من ثمن الأدوات وأجر العمل [1] .

**ملاحظة** : هذه القواعد لا تطبق على الإصلاحات أو التحسينات أو المباني الموجودة بالفعل بل يجب أن يكون عملًا مستقلًا جديدًا أو ملحقًا بعمل جديد ، ولا تطبق أيضًا على واضع اليد فقط أو المسترد ، بل يطبق أيضًا في العلاقة بين المستأجر والمزارع والمرابع والمتعهد .

## بند [ 26 ] إضافة منقول إلى العقار

**التشريع الإسلامي : البناء والغرس والزرع في ملكه بما يملك الغير ؟** للبحث في هذا الحكم يجب تقسيم الموضوع كالآتي :

**أولًا** : من بنى أو غرس في ملك الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب أو وارثًا عنه أو موهوبًا له ويعلمون بالغصب .

**ثانيًا** : من زرع أرض الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا أو وارثًا أو موهوبًا له من

---

(1) انظر : البنود من 551 إلى 564 ، في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 : 126 .

غاصب ويعلم ذلك .

**ثالثًا** : من بنى أو غرس في ملك الغير ، ولم يكن غاصبًا ولا متلقيًا ملكه عن غاصب أولا يعلم بالغصب .

**رابعًا** : من زرع في أرض الغير ، ولم يكن غاصبًا ، ولا متلقيًا ملكه عن غاصب ، أو تلقى عنه ولا يعلم بالغصب .

فالمسألة إذًا دائرة بين بناء أو غرس في ملك الغير أو زرع كذلك أو بناء في ملكه بأدوات الغير أو زرع بحب الغير . ولا يخلو الأمر بين أن يكون البناء أو الغرس أو الزرع بحسن نية أو بسوء نية . وأحكام ذلك ما يأتي :

**أولًا** : من بنى أو غرس في ملك الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب ، أو وارثًا عنه أو موهوبًا له منه ، ويعلمون بالغصب فيخير رب الشيء المغصوب في أخذ البناء ، أو الغرس مع دفع قيمته منقوضًا أو مقلوعًا ، فإن لم يكن له قيمة كتراب وجص [1] وزوقه بأحمر أو أزرق فيأخذها المغصوب منه بلا دفع شيء . ويحتسب للغاصب أجرة تسوية الأرض والنقض والقلع فيما لا يتولاه الغاصب بنفسه ولا يخدمه فيقال : مثلًا إن نقص البناء أو الشجر = 10 وأجرة من يتولى الهدم والقلع وتسوية الأرض كما كانت = 4 فالغاصب يستحق 6 ، فإن كان الغاصب شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمه غرم له المالك جميع العشرة ، أو يخير رب الشيء المغصوب بين أمره بتسوية أرضه بعد هدم ما بنى وقلع ما غرس [2] .

---

(1) الجص الذي يطلى به وهو معرب وجصص الحائط وغيره طلاه بالجص ومكان جص جصاجص أبيض مستوى ، لسان العرب مادة جصص 630 .

(2) النصوص الفقهية المقابلة لهذه الأحكام والدالة عليها عديدة متنوعة ، من أخصرها ما جاء في المواد 890 ، 891 ، 899 ، 906 ، 907 من مجلة الأحكام العدلية وفي القوانين الفقهية لابن جزي ص 317 وفي القواعد الفقهية لابن رجب ص 154 ، 155 ، والمادة 893 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - إذا أحدث شخص بمواد من عنده بناء أو منشآت أخرى أو غراسا على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحداث تلك المنشآت عليها ، أو كان جهله بذلك ناشئا عن خطأ جسيم ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإحداثها . فإن لم يطلب الإزالة أو طلب استبقاء المنشآت التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد بسببها في قيمة الأرض .

=

**ثانيًا** : من زرع أرض الغير وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب ، أو وارثًا له أو موهوبًا له منه ، وهم يعلمون بالغصب فالحكم على التفصيل الآتي :

1 - إن لم ينتفع بالزرع بأن لم يبلغ حد الانتفاع به سواء برز على وجه الأرض أم لا أخذه رب الأرض المغصوبة بلا مقابل لا في البذر ولا في العمل ، وإن شاء أمره بقلعه .

2 - إن بلغ حد الانتفاع به ولو لرعي فلصاحب الأرض أمره بقلعه وتسوية أرضه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع غالبًا ( أي موسم زرعها ) وله أخذه بقيمته مقلوعًا بعد إسقاط كلفة لم يتولها الغاصب .

3 - فإن فات وقت ما تراد الأرض له من الزراعة فيلزم المعتدي كراء سنة للمالك وليس للمالك كلام والزرع للغاصب ( يعني وقد بلغ حد الانتفاع به ) .

**ثالثًا** : من بنى أو غرس في ملك الغير ، ولم يكن غاصبًا ولا مشتريًا من غاصب ولا وارثًا له ولا موهوبًا له منه فهو أهل شبهة ، فيقال للمالك الذي استحق العقار : ادفع قيمة المباني أو الغرس قائمًا منفردًا عن الأرض لأن البناء أو الغرس حصل من ذي شبهة فإن أبى قيل : للباني ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحًا ، فإن أبى أيضًا فشريكان بالقيمة يوم الحكم : المالك بقيمة أرضه براحًا ، والغارس أو الباني بقيمة غرسه أو بنائه قائمًا . هذا في غير أرض الوقف وفيها تعين النقض والخلع إلا إذا كان بقاؤه في مصلحة الوقف ورأى الناظر إبقاءه ، فله دفع قيمته منقوضًا من ريع الوقف ، فيدخل [1]

---

= وهذا هو ما أخذت به المواد 882 من التقنين الكويتي ، والمادتان 1119 ، 1124 من التقنين العراقي . وتقابل المادتين 1138 ، 1140 من التقنين الأردني .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 1/906 من المجلة على ما يأتي « إن كان المغصوب أرضا ، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا يؤمر الغاصب بقلعها . وإن كان القلع مضرا ، فللمغصوب منه أنه يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض .. » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة من المشروع ) .

(1) تتفق هذه الأحكام مع ما جاء في المادة 925 من القانون المدني المصري ، ونصها :

1 - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغًا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

2 - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدًا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق =

في الوقف [1] .

**رابعًا** : من زرع أرض الغير ، ولم يكن غاصبًا ولا مشتريًا من غاصب ولا وارثًا عنه ولا موهوبًا منه أولا يعلم شيئًا ففي الحكم التفصيل الآتي :

1 - إن استحقت الأرض المزروعة قبل فوات الإبّان ( أي بدو صلاح الزرع ) فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة وليس له قلع الزرع لأن الزارع غير متعد .

2 - وإن استحقت الأرض بعد بدو صلاح الزرع فليس للمستحق على الزارع شيء ؛ لأنه قد استوفى منفعته ، والغلة لذي الشبهة أو المجهول للحكم ، إلا في وارث الغاصب ، فلا غلة له عَلِمَ بأن مورثه غاصب أم لم يعلم . وكذا موهوب الغاصب إن افتقر الغاصب . فإن كان موسرًا وأمكن الرجوع إليه بالغلة فاز موهوب الغاصب بها [2] .

كل هذا فيما إذا بنى أو غرس أو زرع في أرض الغير بموادٍّ مملوكةٍ له . فإن بنى في أرض نفسه أو غرس بأنقاض ملك الغير اغتصابًا أو سرقة فللمغصوب منه

---

= عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » ، كما أنها تتفق مع المادة التالية من هذا القانون ونصها :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها . ويجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة السابقة » . وهو ما أخذت به المواد 883 من التقنين الكويتي ، والمادتان 1120 ، 1121 من التقنين العراقي . والمادتان 1141 ، 1142 من التقنين الأردني ، والمادة 894 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 906 من المجلة على ما يأتي :

« إن كان المغصوب أرضًا ، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجارا ، يؤمر الغاصب بقلعها . وإن كان القلع مضرًا ، فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الأرض . ولكن لو كان قيمة الأشجار أو البناء أزيد من قيمة الأرض ، وكان أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي ، كان حينئذ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها . مثلًا لو أنشأ أحد على العرصة ( الأرض ) الموروثة له من والده بناء بمصروف أزيد من قيمة العرصة ، ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها » . انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص 317 . القواعد الفقهية لابن رجب ص 154 ، 155 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 894 من هذا المشروع ) .

(1) الشرح الصغير ( 248/3 ) وما بعدها ، ومواهب الجليل ، وبهامشه التاج والإكليل ( 295/5 ، وما بعدها ) .

(2) الشرح الصغير ( 248/3 ) .

هدمها ، وله إبقاؤها وأخذ قيمتها يوم الغصب أو السرقة . فإن كان المغصوب عمودًا أو خشبًا ، وبنى عليه فللمغصوب منه هدم البناء الذي أقيم عليه ، وأخذه وله إبقاؤه وأخذ قيمته يوم الغصب . فإن كانت الأنقاض أو الغرس غير مغتصبة أو مسروقة فلمن استحقها قيمتها يوم الحكم ؛ لأنها فاتت بالبناء أو الغرس فيقضى بالقيمة [1] على الباني بها قائمة لا مبنية . وأما القاعدة ( من ملك الأرض ملك ما فوقها ) فمعناها إذا كان ما فوقها مباحًا كالهواء مثلًا أو مغروسًا أو مبنيًا بوجه جائز شرعًا لا افتيات [2] فيه على أحد ،. وإن العمل بهذه القاعدة فيه حماية للغاصب أو السارق وهو سيِّئ النية ، ولا يصح حمايته ؛ لأنه معتد على حقوق الآخرين .

**ملاحظة** : يقضى للمغصوب منه بكراء الأرض براحًا إذا بنيت واستعملت سواء أكان إنشاءً أو ترميمًا . فيشمل الدار الخربة يصلحها الغاصب ، فيقوَّم الأصل قبل البناء أو الإصلاح بما يؤجر به لمن يصلحه فيلزم الغاصب بالزائد له . كمن أصلح مركبًا خرق واستعمله فينظر فيما كان يؤجر به لمن يصلحه ، فيغرمه الغاصب والزائد له ؛ فيقال : كم تساوى أجرته مخروقًا لمن يعمره ويستغله فما قيل لزم

---

(1) يتفق هذا مع ما جاءت به المادة 923 من القانون المدني المصري ، ونصها :

1 - يكون مالكًا خالصًا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكنًا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكنًا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت .

2 - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحِبها ، فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض .

وهو ما أخذت به المواد 881 من التقنين الكويتي ، 1139 من التقنين الأردني ، 1118 من التقنين العراقي والمادة 892 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 899 من المجلة على ما يأتي : « إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنًا ويبقى المال المغصوب له . مثلًا لو كان المال المغصوب حنطة جعلها الغاصب بالطحن دقيقًا ، يضمن قيمة الحنطة ، ويكون الدقيق له . كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامنًا للحنطة ويكون المحصول له » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة من المشروع ) .

(2) افتيات : الفوت والفوات فاتنى كذا أي سبقني وهذا الأمر لا يُفْتات أي لا يفوت وافتات عليه في الأمر حكم وكل ما أحدث دونك شيئًا فقد فاتك به . لسان العرب مادة فوت ص 3481 .

الغاصب ، فإذا أخذ المالك المركب قضى له بأخذ ما لا عين له قائمة لو انفصل كالقلفطة . وأما ما له عين قائمة فإن كان مسمرًا بها أو هو نفس المسامير خير ربها بين أن يعطيه قيمته منقوضًا ، وبين أن يأمره بقلعه . وإن كان غير مسمر كالصواري والمجاديف والحبال خير الغاصب بين أخذها وتركها وأخذ قيمتها إلا أن يكون بموضع لا غنى عنها ، ولا يمكن سيرها لمحل آمنة إلا بها فيخير رب المركب بين دفعه قيمته بموضعه كيف كان أو يسلمه للغاصب . والمستأجر والمزارع والوكيل والأمين والمرابع والمتعهد إذا لم يسلموا ما تحت أيديهم إلى أصحابه عند نهاية مدتهم أو عند طلبه منهم اعتبرت يدهم يد غصب وعوملوا معاملة الغاصب [1] .

## بند [ 27 ] طرق التمليك الأخرى للملكية

**القانون الفرنسي :**

**أولًا – الاستيلاء من طرق التمليك** : وهو طريق من طرق التملك ، وهو وضع اليد على شيء لا يملكه أحد فيتعين وجود قاعدتين :

1 – وضع اليد على شيء .

2 – يجب أن يكون هذا الشيء غير متعلق بأحد .

وبما أن كل عقار لا بد له من مالك ، وبما أن العقار الذي لا مالك له مملوك للحكومة فالاستيلاء قانونًا لا يكون في العقار كنص القاعدة الثانية . إذًا فالاستيلاء يكون في المنقول فقط ، فالاستيلاء يطبق على ثلاثة أحوال أصلية :

**أولًا** : الشيء المتروك وهو ما يتركه الشخص باختياره بنية تمليكه لأول مستول عليه ، وهي الأشياء المتروكة على الطرق العمومية ، والتي تجمع بمعرفة الكناس أو لمام الخرق .

---

(1) يقول ابن عسكر في باب الغصب : « يجب رد عين المغصوب فإن فات ضمن المثلي بالمثل والمقوّم بقيمته يوم الغصب . وفي نقصه يخير ربه بين أخذه ناقصًا وتضمينه وفي بيعه بين إجازته وأخذ الثمن واستعادته وفي جناية الغاصب بين أخذه مع الأرش وتضمينه » .

إرشاد السالك لابن عسكر ص 101 ، 102 ، تنوير الحوالك جـ 2 ص 212 .

وأما ما يوجد من اللُّقَطَات الأرضية أو النهرية أو البحرية فإنه يباع ، ويكون ثمنه ملكًا للحكومة في وقت محدد ، إلا إذا طلبه أصحابه في مدته القانونية .

**ثانيًا** : الصيد البري والصيد البحري ، وهما المثلان الحقيقيان للاستيلاء لكنهما قد قيدا بأوامر إدارية يجب اتباعها .

**ثالثًا** : واجد الكنز أو مكتشفه ، وهو كل شيء مخفي أو مدفون ، ولا يمكن لأحد إثبات ملكيته وأنه اكتشف بطريق الصدفة .

فإن اكتشف الكنزَ صاحبُ الأرض فهو ملكه تبعًا للأرض ، وإن اكتشفه في أرض الغير فله نصفه ، ومالك الأرض له النصف الآخر؛ ولهذا يجب أن يكون الاكتشاف بطريق الصدف ، فإن كان بتعب وبحث ونفقة من المالك فهو له بلا نزاع (1) .

## بند [ 28 ]

**التشريع الإسلامي** : الاستيلاء قد يكون طريقًا من طرق التمليك ، وهو وضع اليد على شيء لا يملكه أحد بإحيائه إذا كان مواتًا ، ولا يكون حريم عمارة بلد أو حريم دار أو حريم بئر أو حريم شجر ، ولم يُقْطِعْه الإمام لأحد ؛ فمن وضع يده على شيء غير مملوك لأحد عقارًا أو منقولًا قد يملكه حسب التفصيل الآتي في إحياء الموات (2) . وحقيقةً كلُّ عقار له مالك ، والعقار الذي لا مالك له ملك لبيت المال ( للحكومة ) (3) ، فالاستيلاء يكون على العقار بإحيائه بالشروط الآتية .

---

(1) انظر : بند 2279 وبند 2280 ، في الفصل الرابع ، من الباب الخامس من كتاب العشرين ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 213 .

(2) موات الأرض : أي أرض خلت عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست إلا لإحياء . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 66/4 .

(3) يجوز في الفقه الإسلامي تملك الأراضي الموات بالاستيلاء إذا حازها الشخص وأحياها بإذن من ولي الأمر. ويكون إحياء الأرض بزرعها أو غرسها أو البناء عليها ، وليس بتحجيرها . فقد نصت المادة 147 من مرشد الحيران على ما يأتي : « الأراضي الموات أي المباحة التي لا يُنْتَفَعُ بها وليست في ملك أحد تكون ملكًا لمن وضع يده عليها وأحياها بإذن ولي الأمر .... فمن أُذِنَ له بإحياء أرض موات وأحياها ، بأن زرعها أو غرسها أو بنى فيها ، فقد ملكها ولا تنتزع منه ... » .

ونصت المادة 1272 من المجلة على ما يأتي : « إذا أحيا شخص أرضًا من الأراضي الموات بالإذن السلطاني صار مالكًا لها ... » ونصت المادة 1275 من المجلة كذلك على ما يأتي : « كما أن البذر والغرس إحياء للأرض ، =

وفي المنقول إذا لم يُعْلَم صاحبه أو كان الشيء تافهًا ، فالشيء المتروك بنية تمليكه يكون ملكًا لواجده بشرط تعريفه سنة إن كان له قيمة على التفصيل الآتي :

**أولًا** : إن كان الشيء الموجود يفسد لو ترك بدون أكل كلحم وفاكهة مثلًا ، فلواجده أكله ، ولا ضمان عليه . كما لو وجد شاة أو بقرة بصحراء ، وتعذر نقلها وكانت بمحلٍّ خوفٍ من سباع أو ضياع فللواجد أكلها ولا ضمان عليه [1] . فإن كانت اللقطة أو الشيء الموجود له بال أو قدر فعلى الترتيب الآتي كما ذكره ابن رشد [2] :

= كذلك الحرث والسقي أو شق جدول لأجل السقي أيضًا أحياء » . ونصت المادة 1277 على ما يأتي : « وضع الأحجار أو الشوك أو أغصان الأشجار اليابسة محيطة بجوانب الأراضي الأربعة أو تنقية الحشيش منها أو إحراق الشوك أو حفر البئر ليس بإحياء ولكنه تحجير » . ونصت المادة 1279 على ما يأتي : « إذا حجر شخص محلًّا من الأراضي الموات فيكون أحق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين . فإذا لم يحيه إلى ثلاث سنين لا يبقى له حق ويجوز أن يعطي لغيره على أن يحييه » . ونصت المادة 1280 على ما يأتي : « من حفر بئرًا في الأرض الموات بإذن السلطان ، فهو ملكه » . ( انظر المواد من 1270 إلى 1280 من المجلة ) ويقابل هذا كله ما أخذت به المواد 874 مدني مصري ، و 1105 عراقي ، و 1081 أردني والمادة 886 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

(1) هذا النص يقابل المادة 871 من القانون المدني المصري ونصها : يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق ، عاد لا مالك له إذا لم يتتبعه المالك فورًا إذا كف عن تتبعه . وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له » وتقابل هذه المادة المواد 876 من التقنين الكويتي ، المادة 1077 من التقنين الأردني . المادة 1104 من التقنين العراقي والمادة 883 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية . وأحكامها تتمشى مع قواعد الفقه الإسلامي في تملك الأشياء المباحة انظر المادتين 1249 ، 1250 من المجلة ، وقد تقدم ذكرهما .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة ، من المشروع ) .

(2) قسم ابن رشد اللقطة فقال : إنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ، ويخشى عليه التلف إن تركه كالعين والعروض ، وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفناء ، وقسم لا يخشى عليه التلف ، فأما القسم الأول : فإنه ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيرًا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده ، والأصل في ذلك ما روي « أن رسول الله ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال : لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها » =

1 – ما قل وله قدر ومنفعة ويشح ربه به ويطلبه يُعرَّف اتفاقًا . وفي تعريفه سَنَة أو أيام خلاف .

2 – ما قل ولا يطلبُ عادة قال ابن القاسم [1] : هو لمن وجده ليس عليه تعريفه فإن شاء تصدق به وإن شاء انتفع به .

3 – شيء تافه لا يلتفت إليه عادة كدون الدرهم الشرعي ( الدرهم = 59 قرشًا و 4 ملاليم عملة مصرية ) وعصا وسوط وقليل من تمر أو زبيب فله أكله إذا لم يُعْلَمْ ربه ، وإلا منع وضمن . فإن كانت اللقطة مالًا له قيمة ، وإن قل ولم يظهر مالكها ، فلمن وجدها حبسها عنده بعد تعريفها سنة لعل صاحبها يظهر ، وله التصدق بها أو التملك لها بأن ينوي تملكها . فإن أخذها ربها وجب عليه دفع ما أنفقه الملتقط عليها . وقد نظم ولى الأمر التصرف في اللُّقَطَات الأرضية والنهرية والبحرية بأنه على واجد شيء للغير أن يسلمه لأقرب مركز من مراكز البوليس . فإن كان يسرع إليه الفساد باعه الحاكم وحفظ ثمنه على ذمة صاحبه مدة معينة ، وأعطى واجدها عشر الثمن . وإن كان لا يسرع إليها الفساد نشر عنها الحاكم في نشرات الأشياء الموجودة لمدة معينة . فمن عرف حاجته بما لا يدع مجالًا للشك في ملكيته أخذها بعد دفع عشر قيمتها لمن وجدها . وإلا بيعت بعد مضي المدة المقررة وأضيف ثمنها لبيت المال . وأما اصطياد الطيور الوحشية والسمك من البراري قبل دخوله في حوزة

---

= ولم يذكر فيها تعريفًا وهذا مثل العصا والسوط وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك ، والثاني أن يكون يسيرًا إلا أن له قدرا ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذاهب في تعريفه ، واختلفوا في قدر ما يعرف : فقيل سنة ، وقيل أيامًا . وأما الثالث فهو أن يكون كثيرًا أو له قدر فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولًا ، وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإن هذا يأكله كان غنيًا أو فقيرًا .

بداية المجتهد جـ 2 ، ص 308 ، ومواهب الجليل للحطاب جـ 6 ص 69 ، والتاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 69 ، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية الرهوني عليه جـ 7 ص 245 .

(1) ابن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم عالم الديار المصرية ومفتيها ، أبو عبد الله العتقي المصري صاحب مالك الإمام روى عن : مالك ، وعبد الرحمن بن شريح ... وغيرهم .

روى عنه : أصبغ ، الحارث بن مسكين .... وغيرهم .

وكان ذا مال ودنيا ، فأنفقها في العلم ، وقيل : كان يمتنع من جوائز السلطان ، قال النسائي : ثقة مأمون . توفى سنة 191 هـ .

ترجمته : الذهبي في الكاشف ( 160/2 ) ، وتذكرة الحفاظ ( 356/1 ) ، والأعلام ( 73/8 ) .

الغير فهو حق لمن سبق وأخذه . وبما أن الأنهار والبحار والبراري غير المملوكة لأحد هي ملك للحكومة فلها أن تقيد الصيد بما تراه منفعة عامة . وقد بوب متشرعو الإسلام بابًا خاصا بعنوان ( اللُّقَطة ) (1) ، وفيه تشريع شامل لكل شيء قد يعرض للقطة والملتقط والمالك للشيء ، فمن أراد الزيادة فليرجع إليه إن شاء .

الكنز المكتشف من معدن طبيعي في الأرض تحت تصرف الإمام ( الحكومة ) (2) سدًّا لباب الفتن ، متى كان في أرض مفتوحة عنوة ، كمصر والشام والعراق ، وإن

---

(1) راجع في ذلك بداية المجتهد جـ 2 ص 308 ، مواهب الجليل جـ 6 ص 69 ، 70 ، التاج والإكليل جـ 6 ص 70 ، 71 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 245 ، 246 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ( 117/4 ) .
قال المواق في التاج والإكليل : من وجد الخيل والبغال والحمير فليعرفها فإن جاء ربها أخذها ... ثم قال : وليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع إليه ما أنفق .

(2) تضمنت المادة 872 من القانون المدني المصري أحكام الكنز الذي وجد في بطن الأرض ، ونصها :
1 – الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .
2 – والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكًا خاصًا للواقف ولورثته » .
وقد جاءت المادة 884 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بتعديل ما نصت عليه المادة المذكورة بما يقربها من التفكير الفقهي ، وذلك بجعل خمس الكنز لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . وإذا كان الشيء الذي وجد فيه الكنز موقوفًا كان الباقي للواقف أو لورثته . كما استبدلت عبارة « الشيء الذي وجد فيه الكنز » بعبارة « العقار الذي وجد فيه الكنز » وذلك لكي تشمل كلمة « الشيء » العقار والمنقول . فقد يكون الكنز مخبوءا في منقول ، كما لو وضعت أوراق النقد بين صفحات كتاب أو أخفيت قطع من النقود أو أحجار ثمينة في درج سرى من مكتب أو دولاب . ويلاحظ أنه إذا كان الكنز مخبأ في منقول ، فإن المالك الذي يستحق في الكنز يكون هو مالك هذا المنقول إذا لم يكن هو مالك العقار الذي يوجد فيه المنقول .
ويتفق هذا التعديل مع المادة 877 من التقنين الكويتي ، المادة 1011 من التقنين العراقي ، المادة 1078 من التقنين الأردني . ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز : الأول هو الكنز الجاهلي ، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام . والنوع الثاني هو الكنز الإسلامي ، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام . وعلى أساس هذه التفرقة في المذهب الحنفي نصت المادة 149 من مرشد الحيران على ما يأتي : « من وجد في أرض من الأرض المباحة ، كالجبال والمفاوز كنزا مدفونًا ، وعليه علامه أو نقش عملة الجاهلية ، فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية ، فهو لمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطة » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

كان في أرض مُصالَح عليها فهي لمالكها إلا أن يسلم فترجع للإمام . والكنز المدفون لمسلم أو ذمي لقطة [1] تُعَرف سَنَة ثم توضع في بيت المال . وإن كان دفين جاهلي فهو ركاز ( وله باب معروف وأحكام خاصة ) في التشريع الإسلامي تحت عنوان ( في الكنز ) أو ( الركاز ) فيخرج منه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده ، وقد سبق الكلام على هذا [2] .

## بند [ 29 ] ثانيًا : المزاد من طرق التمليك

**القانون الفرنسي** : وهو تخصيص ملكية العقار بشخص نتيجة لحكم قضائي ، وينتج غالبًا عن بيع عقار غير قابل للقسمة في تركة أو بين شركاء أو نتيجة مديونية . وصفة الحكم تختلف ؛ فإن كان بين شركاء فهو إظهارى لا إنشائي ؛ لأن الملكية لأحد الشركاء ثابتة قبل الحكم ، وليس نقلًا للملكية فليس بلازم نقل التكليف بتسجيله ، وإن كان حكم القسمة لصالح أجنبي فهو كالبيع ناقل للملكية ، فيجب تسجيله لنقل التكليف [3] .

## بند [ 30 ] الملكية بالمزاد

**التشريع الإسلامي** : في الواقع هذا بيع جبري لم تتفق فيه إرادة المتبايعين اختياريًّا ولكنه يرجع للمصلحة العامة فبيع عقار المفلس مثلًا يصدر من الحاكم [4] فهو بيع قهري [5] وبيع العقار الذي لا ينقسم بيع مصلحة أيضًا فهو بيع ككل البيوع ، وإن

(1) راجع في ذلك : المدونة الكبرى جـ 4 ص 365 ، 366 وبداية المجتهد جـ 2 ص 308 ، ومواهب الجليل جـ 6 ص 69 وما بعدها وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 245 وما بعدها والاستذكار لابن عبد البر جـ 22 ص 326 وما بعدها .

(2) قال الرهوني : قال مالك : « الركاز إنما هو دفن الجاهلية » زاد الرهوني ، ولا زكاة في الركاز وهو دفن الجاهلية ، وفيه الخمس في عينه وعرضه وقليله وكثيره حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 2 ص 301 وراجع شرح ابن ناجي على الرسالة المطبوعة بهامش شرح الشيخ زروق جـ 1 ص 330 .

(3) انظر : البنود من 2187 إلى 2192 ، في الباب الثامن : من الكتاب الثامن عشر من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 190 ، 191 .

(4) أي ما أجبره القاضي بولايته العامة على بيع ما بيده ليوفي من ثمنه ما ظلم فيه غيره ؛ الشرح الكبير 6/3 .

(5) تضمنت المادة 203 من القانون المدني المصري التنفيذ الجبري على المدين ونصها :

1 - يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 219 ، 220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا .

2 - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما . وقد أدخلت المادة 218 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة =

كان له شروط خاصة بالضمان فتسميته ملكية بالمزايدة تسمية بالسبب [1] .

## بند [ 31 ]

## ثالثًا : الملكية بالقانون

**القانون الفرنسي** : القانون يكون سببًا في تملك الملكية في حالتين :

**أولًا** : في حالة الميراث .

**ثانيًا** : في حالة تملك الثمرات لواضع اليد بحسن نية .

## رابعًا : التسليم من أسباب الملكية

قد عرف في القانون الحديث أن إرادة الطرفين تكفي لإتمام نقل الملكية بدون احتياج إلى التسليم ، ولكن بقي موضعان لا تنقل فيهما الملكية بدون التسليم :

1 - عندما يكون عقد التمليك صادرًا بأشياء باعتبار جنسها لا باعتبار جسم محقق ، فالتسلم وحده هو الذي ينقل الملكية ؛ لأنه هو الذي يعين المبيع ويحدده .

2 - في الهبة اليدوية لا تنقل الملكية إلا بالتسليم للموهوب يدًا بيد [2] .

---

= الإسلامية تعديلًا يقضي بإعطاء المدين الحق في المطالبة بدفع التعويض للدائن عندما يكون اللجوء للتنفيذ العيني مرهقًا له إرهاقًا يجاوز المألوف .

وبذلك يكون الحكم أقرب إلى قواعد الفقه الإسلامي . إذ إن طلب المدين في هذه الحالة يستهدف رفع مظلمة ، وولاية رفع المظالم إلى القاضي . وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهي أن القول الفصل للقاضي . والمادة المذكورة من المشروع بصياغتها المعدلة تطابق المادة 284 من التقنين الكويتي والمادة 355 من التقنين الأردني والمادة 246 من التقنين العراقي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(1) قال ابن رشد : إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما : أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه . الثاني ألا يكون له مال معلوم أصلًا . ويحكم جمهور الفقهاء ببيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويجبره على التصرف فيه .

بداية المجتهد جـ 2 ص 284 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 32 ، 33 والتاج والإكليل جـ 5 ص 32 وما بعدها ، والشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 137 وما بعدها .

(2) انظر : المقالة الثالثة في أنواع الطرق التي تفيد الملكية ، وكذلك البنود من 2228 إلى 2235 في الباب الثاني من الكتاب العشرين وكذلك البنود من 1604 إلى 1624 في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب السادس من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 57 : 60 ، 202 ، 203 .

## بند [ 32 ] الملكية بالقانون

**التشريع الإسلامي** : ليس القانون هو سبب الملكية ، وإنما الميراث [1] هو سبب التمليك ، ووضع اليد بحسن نية هو سبب التمليك ، وإن كان ذلك من أحكام التشريع فقد قرر المشرع أن الميراث سبب صحيح لتملك التركة للورثة . وقرر أيضًا أن وضع اليد بشبهة سبب صحيح لملك الثمرات [2] .

وأما التسليم [3] للمبيع فقد تقدم أن البيع يتم بالإيجاب والقبول [4] ، وتنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، بمعنى أنه إذا هلك فيكون لحسابه وإذا أثمر يكون لحسابه . ويتبع هذا أن ضمان المبيع يكون من المشتري بمجرد إتمام عقد البيع الصحيح ، إلا في المبيع المثلي الذي يراد لمثله لا لعينه ، وهو كل شيء معدود أو مكيل أو موزون . فلا ينتقل الضمان إلى المشتري إلا بعد تسلمه كيلًا كقمح ، أو عدًّا كبيض أو وزنًا كذهب وفضة مثلًا . وعلى ذلك لو هلك المبيع قبل تسلمه فهو في ضمان البائع [5] ، فإن كان مقومًا وهو ما يراد لذاته وتختلف أفراده في الرغبة للناس

---

(1) انظر : المواد 876 مدني مصري و 1106 عراقي و 1086 من الأردني و 940 كويتي .

(2) قال ابن جزي المكاسب نوعان : كسب بعوض ، وبغير عوض أما الكسب بغير عوض فأربعة أنواع الأول الميراث .... القوانين الفقهية ص 186 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 1 شرح زروق على الرسالة جـ 2 ص 102 .

(3) ذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول . قال ابن رشد في المذهب : واتفق الفقهاء على انعقاد باللفظ الدال على الرضا ، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة ، فذهب مالك إلى اتعقاده بها مطلقًا ، ومنعه الشافعي مطلقًا ، وقال أبو حنيفة : ينعقد بها في المحقرات خاصة ، وإليه مال الغزالي اهـ . مواهب الجليل 228/4 .

(4) قال الدردير « البيع عقد معاوضة ، ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 228 ، وما بعدها . التاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 228 وما بعدها .

(5) توجب المواد 437 من القانون المدني المصري و 479 و 480 كويتي و 500 - 501 - 502 مدني أردني و 547 ، 548 عراقي والمادة 404 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية على أنه إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن .

وعلى أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملًا في الحالة الأولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية » وأن ما يقبض على رسوم الشراء مع =

بعضها عن بعض كشاة أو منزل أو فدان أرض إلخ فضمانه من المشتري بمجرد إتمام العقد ، ولو لم يتسلمه من البائع وليس للبائع التصرف بأي نوع من أنواع التصرفات بعد البيع وقبل التسلم لأنه دخل في ملك المشتري بمجرد العقد . وأما الهبة فليس تسلمها شرطًا في صحتها [1] كما سبق في مذهب الإمام مالك وإنما ذلك في مذهب أبي حنيفة [2] فمتى تم عقد الهبة ملك الموهوب له الهبة فله مقاضاة الواهب لتسلمها وقد سبق الكلام في ذلك فارجع إليه إن شئت [3] .

## بند [ 33 ] الكتاب الثالث حق الارتفاق

### حق الارتفاق الشخصي

**القانون الفرنسي** : حق الارتفاق الشخصي هو حق عيني مرتب على شيء الغير لمنفعة شخص ، والارتفاق الشخصي يوجد في شيئين :

**أولًا** : الاستغلال ( حق الانتفاع بالريع ) .

= تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض يلزمه دفعه . وهذه الأحكام لا تختلف مع مقررات الفقه الإسلامي في اعتبار الضمان ، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه ، وأما ما يقبض على سوم ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .
ووضع يد القابض على سوم الشراء ، إذا سمى الثمن يد ضمان ، وإذا لم يسم الثمن في سوم الشراء ، وسواء سمى أو لم يسم في سوم النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة فيهلك الشيء على المالك لا على القابض ( م 293 ، 294 من المجلة العدلية والمواد 460 – 461 – 462 من مرشد الحيران .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 404 من المشروع ) .

(1) قال الدردير : وأجبر الواهب عليه ، أي على تمكين الموهوب له منه حيث طلبه ، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور فله طلبها منه حيث امتنع ولو عند الحاكم ليجبره على تمكين الموهوب له منها . الشرح الكبير : 101/4 .

(2) أبو حنيفة النعمان : هو النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي ، أبو حنيفة الإمام ، عالم العراق ، مولى تيم اللّه بن ثعلبة . يقال : إنه من أبناء الفرس ، ولد سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، ورأى أنس بن مالك . قال محمد بن سعد : سمعت يحيى بن معين يقول : كان أبو حنيفة ثقة لا يحدث بالحديث إلا بما يحفظه ، ولا يحدث بما لا يحفظ . توفي في سنة خمسين ومائة . وله سبعون سنة .
ترجمة : الذهبي في « الكاشف » 180/3 ، « تذكرة الحفاظ » 168/1 ، « الأعلام » 529/6 .

(3) عرف المواق الهبة بأنها : تمليك بغير عوض .
التاج والإكليل جـ 6 ص 49 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ، 340 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 173 ، 174 .

**ثانيًا** : الاستعمال والسكنى .

## الاستغلال ( حق الانتفاع بالريع ) :

وهو حق الانتفاع من أشياء ملك الغير كالملك الحقيقي مع بقاء ملكية ذلك الشيء إلى مالكه مع حفظ العين .

**صفات قانونية لحق الاستغلال** : يحتفظ حق الاستغلال بالصفات الآتية :

**أولًا** : هذا حق عيني ؛ فهو يتعلق بذات الشيء موضع الاستغلال ، ولذا فهو يختلف عن المزارع والمؤاجر اللذين ليس لهما سوى حق الدين ضد مؤجر العقار .

**ثانيًا** : هذا حق مدى الحياة ؛ فهو مرتب لصالح شخص المستغل فيتلاشى بموته .

**ثالثًا** : هذا تجزئة للملكية ؛ في الحقيقة بدلا من أن تجتمع الثمرة والملكية في يد واحدة تفرقت ، فملك المستغل الثمرة وملك المالك العين . فهذه العين عارية عن الثمرة . ومفهوم تعريف الاستغلال أن المستغل عليه المحافظة على موضع الاستغلال وعينه بدون استهلاك ؛ فلا يحمل الاستغلال على ما يستهلك بمجرد الاستغلال كالزيت والنبيذ والنقود . لكن إذا أوصى شخص لآخر بمنحه جملة أملاك ، وكان بها مثل هذه الأشياء فإن الوصية مقبولة لأنه كبيع بشرط الرد ، فهو ليس استغلالًا بالمعنى القانوني وإنما هو نصف استغلال [1] .

**( نتيجة المقارنات من بند 1 إلى نهاية بند 33 جـ 2 )**

**يتفق التشريعان فيما يأتي :**

التمليك ، الاتفاقات ، نقل الملكية من المنقول والعقار ، سقوط الحق بمضي المدة ( الملكية بوضع اليد ) ، شروط الملكية بوضع اليد ( في الجملة ) ، إضافة وضع اليد - وقف مدة وضع اليد ، قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد ( في الجملة ) ، نتائج التملك بوضع اليد ، التنازل عن التملك بوضع اليد ، إضافة الملحقات ( عقار إلى عقار ) ، الاستيلاء ( في الجملة ) ، المزاد ، الملكية بالقانون ، الاستغلال وحق الانتفاع .

---

(1) انظر : البنود من 578 إلى 581 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول ص 130 .

**ويختلف التشريعان فيما يأتي :**

المدة الضرورية للتملك بوضع اليد ، إضافة منقول إلى عقار ( البناء والغرس والزرع في ملك الغير ) ، التسليم من أسباب الملكية .

## بند [ 34 ] التشريع الإسلامي

حقوق الارتفاق الشخصي هي حقوق عينية وغير عينية على شيء الغير لمنفعة شخص ، ويسمى في عرف التشريع الإسلامي ( إعارة ) [1] .

فالإعارة أو الاستغلال هي تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو فعل بلا عوض مع بقاء ملكية العين المعارة لمالكها [2] ، والمستعار ذو منفعة مباحة من عَرَض أو حيوان أو

---

(1) الارتفاق حق عيني يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، طبقًا لما جاءت به المادة 1017 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 1271 من التقنين العراقي . والمادة 1271 من التقنين الأردني . والمادة 958 من التقنين الكويتي . ويتفق هذا التعريف مع ما أخذ به الفقهاء المسلمون ؛ فقد نصت المادة 37 من مرشد الحيران على أن : « الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 1017 ) .

(2) العارية : عقد يستعمل المستعير بمقتضاه شيئًا غير قابل للاستهلاك مدة معينة أو في غرض معين دون عوض ، طبقًا لما جاء في المادة 633 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 635 مدني مصري . حيث يرتب عقد العارية التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . ولهذا جاء التعريف في مادة المشروع على نحو يتناول فيه محل العقد والعناصر الجوهرية فيه ، وهي الشيء المعار والمدة أو الغرض الذي يستعمل فيه الشيء ويتفق هذا التعريف في جوهره مع ما جاء في المادة 760 من التقنين الأردني التي تنص على أن « الإعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . وكما أنه يتفق مع ما جاء في المادة 847 من التقنين العراقي . والمادة 649 من التقنين الكويتي . وفي الفقه الإسلامي فإن مادة المشروع تتفق في جوهر التعريف الذي أتت به مع ما يقرره هذا الفقه . فقد نصت المادة 756 من مرشد الحيران على أن « الإعارة هي تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض » . ونصت المادة 374 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن « العارية هي تمليك المنافع بغير عوض » ( حاشية ابن عابدين جـ 4 ص 767 فتح القدير جـ 7 ص 100 ) ، ونصت المادة 200 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « الإعارة تمليك منفعة مؤقتة بزمن أو عمل بلا عوض بما يدل عليه لغة أو عرفًا ، والعارية هي الشيء الذي ملكت منفعته مدة مؤقته بلا عوض ، ( الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 225 ، والشرح الكبير وحاشية جـ 3 ص 391 ، ونصت المادة 1279 من مجلة الأحكام الشرعية على أن « الإعارة إباحة منفعة العين بلا عوض ويطلق عليها العارية أيضًا » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 633 ) .

عقار ينتفع به [1] .

فحق الاستغلال ( بالغين ) ليس حقًّا عينيًّا إلا على عقار [2] ، وهو يتميز عن الإجارة والمزارعة ؛ لأن المنفعة ليست في مقابل عوض مثلهما ، وحق الاستغلال يتعلق بذات الشيء لاستيفاء منفعته [3] ، وليس حقًّا مدى الحياة بل يجوز أن يكون مدى الحياة متى صرح بذلك المعير ، ويجوز أن تكون الإعارة مؤقتة بمدة معلومة .

وقد تكون الإعارة بعنوان ( العمرى ) وهي إسكان شخص مدة الحياة في منزل لشخص آخر تبقى ملكيته له حتى إذا مات المعمر عادت الدار لورثة المتبرع .

وحقيقة هذه الإعارة أو العمرى تجزئة للملكية فالثمرة للمنتفع المستعير المستغل ، وملك الرقبة لنفس المالك [4] .

فإن كانت المنفعة للشيء المعار لا تكون إلا باستهلاك عينه كالدراهم والطعام والشراب فلا تعتبر إعارة ، ولو وقعت بلفظ الإعارة وإنما هي ( قرض ) لأن الإعارة يجب رد عينها بعد الانتفاع بها [5] . وأما القرض [6] فيكون دينًا في الذمة فيرد مثله

---

(1) قال ابن رشد : وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، وعن المدة قال : قال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع . وإن لم يشرط المدة كانت مدتها ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 196 ، 197 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 268 ، التاج والإكليل جـ 5 ص 266 قال : وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . بداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 196 ، 197 مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 268 ، 269 ، التاج والإكليل للموّاق جـ 5 ص 268 الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

(2) قاعدة : حق الاستغلال ليس حقًّا عينيًّا إلا على عقار .

(3) قاعدة : حق الاستغلال المتعلق بذات الشيء لاستيفاء منفعته ولا يكون مدى الحياة إلا بإذن المعير .

(4) المدونة الكبرى جـ 4 ص 363 قال مالك من أعمر رجلا حياته فمات المعمر رجعت إلى الذي أعمرها ، وقال مالك : الناس عند شروطهم ، فإن أعمر عبدًا أو دابة ، أو ثوبًا ، أو شيئا من العروض قال مالك : أما الدواب والحيوان كلها والرقيق فتلك التي سمعنا فيها العمري .

(5) قاعدة : الإعارة ترد بعد الانتفاع بها .

(6) قال المواق : العارية مضمونة فيما يُغاب عليه من ثوب أو غيره من العروض ، فإن ادعى المستعير أن ذلك هلك ، أو سرق ، أو تحرق ، أو انكسر ، فهو ضامن وعليه فيما أفسد فسادًا يسيرًا ما نقصه ، وإن كان كثيرًا ضمن قيمته كله إلا أن يقيم بينة أن ذلك هلك بغير سببه فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفريط بَيِّن فيضمن . التاج والإكليل لمختصر خليل 269/5 .

لهذا يضمن المستعير [1] ما كان الانتفاع به بذهاب عينه ولو قامت بينة بهلاكه ؛ لأنه قرض . ومحل القرض الذمة وسيأتي تفصيل ذلك [2] .

## بند [ 35 ] كيف يترتب الاستغلال ؟

**القانون الفرنسي** : يمكن ترتيب الاستغلال بسببين :

**أولًا** : ترتيب الاستغلال بالقانون : يترتب الاستغلال في الأحوال الآتية بنص القانون .

1 – لصالح الأب والأم عند وراثة ولدهم مع ورثة آخرين من فرع آخر ، فالأب أو الأم يستحق استغلال ثلث نصف الميراث الخاص بهؤلاء الورثة الآخرين ، فإذا ورث الآخرون 24/12 يستغل الأب أو الأم 24/2 وهو ثلث نصف ميراثهم .

2 – لصالح أحد الزوجين الباقي بعد وفاة قرينه في ميراث قرينه المتوفى .

3 – لصالح الأب أو الأم الذين يباشرون السلطة الأبوية على أملاك أولادهم القصر الشخصية .

4 – لصالح الزوج على أملاك زوجته الحاضرة ، والمستقبلة فيما عدا نظام الشركة في أملاك الزوجين وفي نظام المهر على جميع أعيان المهر ، ولصالح الشركة في أملاك الزوجين على الأملاك الخاصة بالزوجين في نظام الشركة .

الاستغلال المرتب قانونًا لصالح الزوج في أملاك زوجته ولصالح الأب في أملاك ولده القاصر ليس حق استغلال حقيقي ؛ لأنه لا يصح بيعه ولا رهنه ولا الحجز عليه بخلاف استغلال الزوج في تركة قرينه المتوفى واستغلال الأب أو الأم في ميراثهما من ولدهما مع الآخرين فهو حق يجوز بيعه ورهنه .

**ثانيًا** : الاستغلال المرتب بفعل الشخص ، ويكون مرتبًا بأحد شيئين :

1 – استغلال مرتب بحجة ( إشهاد قانوني ) أو أي عمل قضائي ، إشهاد بين

---

(1) قاعدة : القرض دين في الذمة فيرد مثله ويضمن المستعير .

(2) قال الدردير في الشرح الصغير جـ 3 ص 231 أن المستعار هو ذو منفعة مباحة من عرض ، أو حيوان ، أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه ليُرد لربه بعد الانتفاع به لا طعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه . وراجع مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، 270 وحاشية الرهوني على الزرقاني جـ 6 ص 197 ، 198 .

الأحياء ، بيع ، هبة ، وصية . والاستغلال المرتب بين الأحياء بعمل قانوني يجب أن يسجل في سجل الرهونات متى كان عقارًا .

2 – استغلال بمضي المدة ، ويتحقق باستغلال العقار بوضع يد المستغل من 10 إلى عشرين عامًا مع حسن نية وثلاثين سنة مع سوء نية [1] .

## بند [ 36 ]

**التشريع الإسلامي** : يترتب الاستغلال في التشريع الإسلامي لسببين :

**أولًا** : استغلال بنص القانون وهو ما لا يحتاج لإرادة شخصين وذلك :

1 – لصالح الأب والأم متى كانا فقيرين والولد موسر فلهما الأكل بالمعروف من مال ولدها بلا إتلاف ولا تبذير فإن أتلفا أو بذرا ضمنا .

ومتى مات الولد قسمت تركته بين ورثته الشرعيين بلا حق لأحد على نصيب أحد سوى دين التركة فيقضى أولًا قبل القسمة حيث لا تركة [2] إلا بعد وفاء الدين [3] .

ومتى مات أحد الزوجين قسمت تركته حسب الأنصباء المقررة شرعًا بلا ترتيب أي حق استغلال على أي نصيب من حق أي وراث سوى دين التركة فيقضى قبل قسمتها [4] .

وليس للزوج أي حق إطلاقًا على أملاك زوجته ؛ حيث إن الزواج لا يعطي للزوج على زوجته سوى حق التمتع الذاتي بالزوجة لتأسيس العائلة . فالزوجان يحتفظان كل منهما بملكية أملاكه وحق إدارتها وحق التصرف فيها تصرفًا مطلقًا بلا قيد ولا شرط سوى التبرع بما زاد على الثلث من أملاك الزوجة ، فلا يصح إلا بإذن الزوج ( مذهب الإمام مالك ) . ولهذا فلا حق استغلال لأحدهما على أملاك الآخر .

---

(1) انظر : البنود من 578 إلى 581 في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة ، الثانية من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الأول ص 130 .

(2) قاعدة : لا تركة إلا بعد وفاء الدين .

(3) جاء في حاشية الدسوقي قوله : ثم تقضى من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا . 458/4 .

(4) قال الحطاب في المواهب 405/6 يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم قضاء ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لورثته .

التاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 405 و ص 407 ، المدونة الكبرى جـ 3 ص 81 وبداية المجتهد جـ 2 ص 338 .

2 - بإمتاع الإمام معمور أرض العنوة كمصر والشام والعراق ، فإذا أمتع الإمام أي أعطى أي شخص قطعة أرض عامرة للتمتع بخيراتها فله أن يستغلها كما يشاء ما دام حيًا . ولا يجوز للإمام إقطاعها لأن الإقطاع تمليك (1) ، وهو لا يجوز في أرض العنوة يعني المفتوحة بحد السيف لأنها وقف على المجاهدين وعلى مصالح المسلمين ، وأما إمتاعها فجائز مدة الحياة (2) .

وحق استغلال الأب والأم لا يجوز التنازل عنه لأحد ، ولا بيعه ولا الحجز عليه ، لأنه صلة من مال الولد لأبويه ليقوم بحياتهما ويقيهما حاجة السؤال .

وأما حق الإمتاع فيجوز فيه التصرف من إيجار ورهن وهبة كالملك سواء بسواء، وإنما يسقط حق الانتفاع بها متى مات (3) الممتع (4) ، أو انقضى أمد

(1) من أنواع الاختصاص : أن يقطع الإمام رجلًا أرضًا كانت ملكًا له وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئًا ، يبيع ويهب ويتصرف وتورث عنه وليس هو من الإحياء بسبيل ، وإنما هو تمليك مجرد .
قال ابن القاسم : وسواء كانت في المهامه أو الفيافي أو قريبة من العمران .
قال الباجي : ولا فرق بين موات أرض العنوة وغيرها ، هي لمن أحياها . وفي المدونة لا يجوز شراء أرض مصر، ولا تقطع لأحد . قال غير واحدٍ : لأنها فتحت عنوة .
وقال ابن رشد : الإقطاع يكون في البراري والمعمور ، إلا معمور أرض العنوة التي حكمها أن تكون موقوفة وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز قاله الطرطوشي وغيره . التاج والإكليل 3/6 .

(2) قال الحطاب في المواهب : 342/6 إحياء الموت لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها ، وموات الأرض هي التي لا نبات بها ، التاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 2 ، 3 حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 100 ، 101 .

(3) طبقا للشريعة الإسلامية تضمنت الفقرة الأولى من المادة 993 مدني مصري ، والمادة 1008 من مشروع القانون المدني المصري الحكم بانتهاء حق الانتفاع بانقضاء المدة المتفق عليها ، أو بموت المنتفع ، وهو ما جاء في المواد 1257 من التقنين العراقي الفقرة الأولى من المادة 953 من التقنين الكويتي ، المادة 691/1215 من التقنين الأردني .
ويتفق الأخذ بانتهاء الانتفاع بأي من هذين مع ما يقرره « الفقه الإسلامي » حيث ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، إذا عين له أجل وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع ، فقد استقر رأى الحنفية على عدم توارث ملكية المنفعة، وإن كانوا يستثنون منها المرور والشرب ( البدائع جـ 7 ص 353 ، 354 ) . وذلك على خلاف الشافعية والحنابلة ، لأن المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالًا . وقد نصت المادة 35 من مرشد الحيران على أنه « ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع ، وبانقضاء المدة المعينة له إن كان مدة ، وبهلاك العين المنتفع بها » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(4) قال الحطاب في مواهب الجليل 62/6 : سُئِلَ ابن رشد عمن أعمرت أبويها دارًا فمات أحدهما فقامت =

الإمتاع إذا كان مؤقتًا [1] .

**ثانيًا** : الاستغلال المرتب بفعل الشخص وهو :

1 - يكون بعقد الإعارة ، ويكفي فيه الإيجاب والقبول ، ولكن لما كثر الاعتداء من الناس والادعاءات الكاذبة ؛ وجب أن يكون بإشهاد على الإعارة ، وهو عقد قائم بنفسه له شروط ، وأركان [2] فلا يكون في بيع ، كمن باع أرضًا لآخر ، واشترط استغلالها مدى الحياة فهو عقد باطل كبيع وكإعارة للجهل في العقد [3] .

2 - ويكون الاستغلال بوضع اليد مدة الحيازة الشرعية على الشيء لمدة عشر سنين أو 20 إلى آخر التفصيلات السابقة في الحيازة الشرعية القاضية بالتملك .

3 - وسبق التنويه بأن وضع اليد بحسن نية هو الذي يفيد الحيازة الشرعية المترتب عليها التملك . وأما وضع اليد بسوء نية كالغاصب والسارق ومن في حكمهم فلا تفيدهم الحيازة إطلاقًا ، طال الزمن أو قصر .

---

= المعمرة تطلب نصف الدار ، وهل الأبوان والأجنبيان سواء أم لا ؟ فأجاب إذا كانت المعمرة حية فهي مصدَّقة فيما تزعم من أنها أرادت أن يرجع إليها حظ من مات منهما لا إلى صاحبه . وإن ادّعى الباقي منهما أنها نصت على أن الدار تبقى للآخر منهما لزمتها اليمين . ولو ماتت ولم يُدْرَ ما أرادت يخرج ذلك على الاختلاف في الذي يجس على معنيين فيموت بعضهم ، هل يرجع إلى المحبس أو إلى من بقى منهم حتى يموتوا كلهم ؟ ولا فرق في هذا بين الأبوين وغيرهم .

(1) تضمنت المادة 994 من القانون المدني المصري والمادة 1009 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بانتهاء حق الانتفاع بهلاك العين المنتفع بها ، وهو يتفق مع ما جاء في المواد 1258 من التقنين العراقي ، و 1217 من التقنين الأردني .

والمادة 953 من التقنين الكويتي . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 39 من مرشد الحيران على أن حق الانتفاع ينتهي بهلاك العين المنتفع بها .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة ) .

(2) أجمل المواق : أحكام العارية في : الضمان ، والتسلط على الانتفاع ، واللزوم ، والحكم الدافع لزوم الخصومة 268/5 .

انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 433/3 بداية المجتهد 313/2 ، الشرح الصغير 230/3 .

(3) ذكر الحطاب في المواهب جـ 6 ص 2 : حقيقة الإحياء العمارة ، والموات مالم يعمر من الأفنية وحكمه الجواز وهي سبب في الملك . التاج والإكليل للمواق جـ 6 ص 2 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 97 ، 98 .

## بند [ 37 ] حقوق المستغل

**القانون الفرنسي :**

**أولًا** : في الامتيازات العملية التي تمنح إلى المستغل في استحقاقه على العموم ، فللمستغل الحق في استعمال الشيء المترتب عليه حقه كالمالك سواء بسواء ، فيبيت إذا كان منزلًا ، ويستعمل الحيوانات في الركوب والحرث والجر كما يرى إذا كان حيوانًا ، ويصيد الطير والسمك في مساحة العقار .

وفي حالة تلاشي أو نقص الشيء المستغل بالاستعمال فلا مسئولية على المستغل ما دام لم يتعد حدوده القانونية وعليه تسليمه عند نهاية الاستغلال على حالته التي بقي عليها بدون تلف متعمد في غير حدود القانون .

وللمستغل الحق في ثمرات الشيء المترتب عليه الاستغلال ، له الحق في الثمرات لا في الإنتاج ، ولا في المناجم التي تكتشف فيما له عليه حق الاستغلال .

فالثمرات الطبيعية والصناعية تمتلك بالقبض ، فإذا كانت في فروعها أو في أصولها وقت استحقاق الاستغلال كانت ملكًا للمستغل . كما أنه إذا انتهى الاستغلال ، وكانت الثمرات موجودة في فروعها أو أصولها ، فلا حق للمستغل فيها بل هي للمالك . وفي كلتا الحالتين فلا تعويض لحرث أو سقي أو زرع لأحد . وأما الثمرات المدنية فهي تملك يومًا فيومًا .

المستغل يستفيد كالمالك من حقوق الارتفاق وعمومًا من كل حق في الانتفاع ، كالمالك ، ومن اللواحق كالطمي لا الجزر .

1 – **بحث بعض حالات خاصة :**

1 – استغلال مترتب على مرتب مدى الحياة : هذه المسألة نادرة الوجود عمليًا فهي تتحقق في ولد قاصر يستحق مرتبًا مدى الحياة : لأبيه أو لأمه حق الاستغلال متى باشر سلطته الأبوية ، فالمستغل له الحق في قبض المرتبات الناتجة من مرتب مدى الحياة مع عدم ملزوميته برد شيء منها .

2 – استغلال مرتب على استغلال : كاستغلال صبي له أب أو أم لهما حق التمتع في مال ولدهما ؛ فيحل المستغل من الأبوين مكان الولد المستغل في كل حق له .

3 – استغلال مرتب على دين : للمستغل قبض ما يستحق في ميعاد استحقاقه ، وله الحق في فوائده السنوية ، وله الحق في إجبار المدين قضاءً على الدفع إن لم يدفع باختياره ، ولكن لا يجوز له التنازل عن الدين ولا تجديد مدته ولا التنازل عن بعضه .

4 – استغلال مرتب على شجر ، فإن كان شجرًا يتفرع باستمرار سنويًا فقطع الزيادة يعتبر ثمرة في الغابات ، فالمستغل له الحق دائمًا سواء كانت منظمة أم لا قبل التمتع . فإن كانت منظمة قبل استحقاقه فعليه الخضوع للحالة التي وجدها . فإن لم تكن منظمة قبل الاستحقاق فعليه اتباع الحالة التي كان يجب على المالك عملها . فإن كانت بعض الأفرع تحمل ثمر الزرع ، وكانت العادة تركها مدة حتى تنضج فعل المستغل ذلك أيضًا . الأشجار ذات الثمار ، علاوة على استحقاقه الثمار فقد ألزمه القانون زرع بدل ما تلف أو خلع .

5 – استغلال مرتب على محجَّر : فإذا كان مستعملًا للاستغلال بالفعل فللمستغل قبض ثماره وهو الاستثمار ، وإن كان المحجَّرُ غير مستعمل فليس له حق في استغلاله مبتدأ .

6 – استغلال مرتب على منجم : فإذا كان مصرحًا بالمنجم إلى مالك الأرض وكان مستغلًا بالفعل فليس للمستغل دوام الاستغلال باسم المالك ، بل يجب الحصول على تصريح آخر بدكريتو (1) بعد أخذ رأي مجلس شورى الدولة . وإن كان مصرحًا به لغير المالك فللمستغل أخذ ما يعود على مالك الأرض في حق الاستعمال فقط مدة الاستغلال . فإن كان المنجم غير مستعمل وقت استحقاق المستغل فلا شيء له . فإذا صُرِّح للمستغل فعليه ضريبة المنجم إلى المالك للأرض المرتب عليها الاستغلال . فإذا صُرِّح لثالث دَفَع هذا الثالث الضريبة المحددة إلى مالك الأرض الحقيقي ، وليس للمستغل حق في ذلك .

7 – استغلال مرتب على تجارة : على المستغل إدارة التجارة والبيع وشراء البدل أولا بأول بحيث تبقى زبائن المحل التجاري وفي نهاية الانتفاع يتسلم المالك محل التجارة ، وبه مثل ما تركه وقت تسليمه وجوبًا .

8 – استغلال مرتب على قيم أسهم وسندات ، فللمستغل قبض أرباحها

(1) دكري لوا : Décret - loi كلمة فرنسية بمعنى مرسوم اشتراعي أو مرسوم بقانون . انظر : قاموس المنهل ص 359 للدكتور سهيل إدريس .

والحصص المستحقة الدفع مدة استغلاله ، فإن ربحت الأسهم أو السندات عند سحبها مبلغًا ضم لرأس المال واستغله المستغل ، وعليه إرجاع السندات والأسهم ، وهذا المبلغ المربوح إلى المالك عند نهاية استغلاله (1) .

## بند [ 38 ]

## حقوق المستعير [ المستغل ] :

**التشريع الإسلامي** : للمستعير فعل المأذون له في الأشياء محل الإعارة كالمالك سواء بسواء ، وله أن يفعل مثل المأذون له فيه (2) ، ولا يعد متعديًا كمن استعار دابة

---

(1) انظر : البنود من 582 إلى 599 ، في الفصل الأول ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 130 : 134 .

(2) تضمنت المادة 639 من القانون المدني المصري والمادة 637 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بحق المستعير في استعمال الشيء المعار وفقًا لما تقتضيه طبيعة استعماله أو الاتفاق في العقد ، وأن المستعير لا يضمن ما نقصه الشيء المعار إذا لم يتجاوز المستعير الإذن الذي رضي به المعير . وهذا هو ما أخذت به المواد 851 ، 852 ، 859 من التقنين العراقي ، والمادتان 772 ، 773/1 من التقنين الأردني ، والمادة 653 من التقنين الكويتي . وتتفق هذه الأحكام مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد : فقد نصت المادة 816 من المجلة على أنه « إذا كانت الإعارة مطلقة ، أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ، لكن يقيده ذلك بالعرف والعادة .. » وفي هذا المعنى أيضًا جاءت المادة 670 من مرشد الحيران . ونصت المادة 817 من المجلة على أنه « إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد فليس للمستعير مخالفته ... » . ونصت المادة 818 من المجلة على أنه « إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلى ما فوقه . لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه » . وفي هذا المعنى جاءت كذلك المادة 672 من مرشد الحيران ، والمادة 206 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ، ونصها أنه « إذا استعمل المستعير العارية بغير إذن المعير في أزيد مما أعيرت لأجله فإن هلكت بهذا الزائد ضمن قيمتها ، وإن عيبت به ضمن الأكثر من قيمة العيب أو أجرة الزائد ، وإن سلمت من الهلاك والتعيب فعليه أجرة الزائد ( الشرح الكبير وحاشيته جـ 3 ص 393 وما بعدها . بداية المجتهد جـ 2 ص 264 ) . ونصت المادة 1292 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا يشترط تعيين نوع الانتفاع في الإعارة ، فلو أعاره من غير تعيين كان للمستعير الانتفاع بالمعروف على الوجه المعتاد في المعار » ونصت المادة 1293 من هذه المجلة على أنه « كما تصح الإعارة مطلقة من غير توقيت يصح توقيتها مدة معلومة » . ونصت المادة 1295 من المجلة المذكورة على أنه « إذا اشترط المعير انتفاع المستعير على وجه خاص صح الشرط ، وليس للمستعير أن ينتفع بغير ذلك الوجه ... » وفيما يتعلق بحكم الفقرة الثانية من مادة المشروع المدني طبقًا =

لركوبه فأركب عليها مثله للمحل المعين ، أو استعار دابة لحمل أردب فول عليها فحمل قمحًا ، أو أرضًا لزرع قمح فزرع شعيرًا [1] .

فالذي يجوز له فعل المثل في المحمول لا في المسافة فإنه ممنوع ، فإن ركب الدابة لمثل المسافة المستعارة لها [2] الدابة ؛ فلا يجوز ويضمن إن عطبت [3] .

فيسكن في منزل السكنى إذا أعيرت له المنفعة فقط . فإن أعير له الانتفاع بالمنزل فله السكنى والإسكان بأجر وبغير أجر ، ويستعمل الحيوانات في الركوب مقيدًا بالشرط إذا كان هناك شرط أو بالعرف والعادة عند عدم الشرط ، أو يستعمله في الجر بما في طاقته ، ويصيد الطير والسمك في حدود الإعارة .

وعلى المستعير عند نهاية الإعارة بالشرط أو بالعرف والعادة رد العين المعارة لمالكها أو لورثته على حالتها التي هي عليها وقت نهاية الاستعمال بدون تعد متلف ، أو استعمال فوق الطاقة [4] وإلا ضمن . وللمستعير الحق في المنفعة التي

---

= للشريعة المقترحة فقد نصت المادة 773 من مرشد الحيران على أنه « إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان إذا استعملها استعمالًا معهودًا معروفًا ، وإنما يضمنه باستعمالها فوق المعتاد » . ونصت المادة 1312 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا ضمان على المستعير إذا تلفت العارية أو بعضها باستعمالها بمعروف واستيفاء منافعها التي أبيحت له نصبًا أو عرفًا ، أما لو تلفت بفعل غير مأذون ... كان متعديًا ضامنًا » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

(1) قال الحطاب في المواهب 268/5 وما بعدها : العارية مندوب إليها وتصح من كل مالك للمنفعة ، وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية مالم يحجر عليه ذلك ، ومن استعار شيئًا لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة ، أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك . انظر كذلك : التاج والإكليل جـ 5 ص 268 وبداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 314 ، 315 والشرح الصغير جـ 3 ص 230 ، 231 .

(2) في الأصل : [ له ] .

(3) جاء في الشرح الكبير 332/3 أنه يجوز للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه وأن يفعل مثله ، كأن استعارها ليركبها لمكان كذا ، فركبها إلى ما هو مثله ، أو ليحمل إردب فول فحمل عليها إردب قمح ، وأما الذهاب بها في مسافة أخرى مثل التي استعارها لها فلا يجوز ، ويضمن إن عطبت كالإجازة على قول ابن القاسم وهو الأرجح ، لأن الطريق قد يكون أضر مما استعارها له ، فلا يجوز . ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله وتارة مالا تعطب به ، وفي كل إما أن تعطب وإما أن تتعيب وإما أن تسلم : فما زاد ما تعطب به وعطبت فله أي لربها قيمتها وقت الزيادة عليها لأنه وقت التعدي .

انظر : الخرشي على مختصر سيدي خليل 125/6 .

(4) تضمنت المادة 642 من القانون المدني المصري والمادة 641 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة =

استعار الشيء لأجلها فقط [1] ، فلا يملك شيئًا من الشيء المستعار غير ما استعير له ؛ فلو ولدت الدابة المستعارة للركوب أوجَزَّ صوف الغنم المستعارة للسباخ أو ولدت فالنتاج للمالك ، ولا شيء للمستعير . وليس له حق فيما يُكشف في الأرض المستعارة للزراعة مثلًا من ركاز ، أو كنز ، أو دفن جاهلية حيث له المنفعة في الزراعة فقط .

ففي الحيوان عمله إلا الإعارة لصوفه مثلًا فجائزة ، وفي الأشجار ثمارها ، وفي الأرض زرعها إذا كانت تراد للزراعة أو استعمالها للتجرين [2] عليها أو لأي شيء آخر تراد له .

فإن كان المقصود من الإعارة الثمرات ، فإن كانت مؤبرة أي صالحة للاستعمال فهي ملك للمالك إلا لشرط أو عرف . فمن أعير بستانًا لثمره ، وكان به ثمار صالحة للاستعمال ، فهي للمالك لا للمستعير ، إلا إذا نص المعير على تملكها للمستعير ، أو شرط المستعير ذلك ، أو جرى العرف والعادة بذلك .

وإن كان المقصود من الإعارة المدة كإعارة منزل للسكنى ، ويتبعه بستان فمتى انتهت المدة وجب ترك المنزل والبستان على حاله ، وليس للمستعير إلا ما أخذ وانتفع ، ومعنى هذا حتى ولو كانت الثمار مؤبرة .

---

= الإسلامية الحكم بوجوب رد المستعير الشيء الذي استعاره بمجرد انتهاء العارية بحالتة التي كان عليها عند تسلمه ، ويرده في المكان الذي كان قد تسلمه فيه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ويتحمل المستعير نفقة الرد الواجب عليه . وهذا هو ما أخذت به المواد 655 ، 657 من التقنين الكويتي ، والمادتان 856 ، 860 من التقنين العراقي . والمادتان 771 ، 778 من التقنين الأردني . وهو ما يتفق مع ما نص عليه الفقهاء المسلمون ، فيما تدل عليه المواد 826 – 830 من مجلة الأحكام العدلية و 397 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة وفتح القدير 111/7 وما بعدها وحاشية ابن عابدين 773/4 و 761 و 764 من مرشد الحيران .

(1) قال ابن رشد : هل هي مضمونة أو أمانة ؛ فمنهم من قال : إنها مضمونة ، وإن قامت البنية على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قولي مالك ؛ ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونه أصلا ، وهو قول أبي حنيفة . ومهم من قال : يضمن فيما يُغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لايغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه . بداية المجتهد 313/2 .

(2) التجرين : الجرين جمع الزرع في البيدر : والجرن والجرين : موضع التمر الذي يجفف فيه . لسان العرب مادة ( جرن ) جـ 1 ص 608 .

فالثمرات الطبيعية تملك بالمدة وبالشرط ؛ فمن أعار بستانًا لمدة سنة ، وكان ذلك في وقت تأبير النخل أو طرد النحل ، ومضت السنة واستوى البلح وقطف النحل ، ولم يجزه المستعير فهو له أي للمستعير فيأخذ البلح والعسل مثلًا لأنه استحقها بالمدة والعارية كانت لذلك . وكذا لو اشترطها أو صرح بها المعير فيعمل بالشرط بينهما .

وأما الثمرات الصناعية فإن كانت تامة الصنع قبل نهاية المدة فهي للمستعير ، وإن كانت غير تامة فلا يتمها إلا لشرط أو عرف ؛ فمن أعار مصنعًا بعدده وآلاته لصنع شيء معين يمر في أدوار صناعية لمدة سنة ثم انتهت السنة فما صُنِعَ وتَمَّ ملكه المستعير ، وما لم يتم فلا يحق له إتمامه وله مواده الخامية التي يدير بها المصنع إلا لشرط فيتبع [1] .

ولاحق للمستعير في طلب تعويض عن ترتيب عمله لاستيفاء المنفعة أو عمل كذلك [2] كحرث أو سقي أو أبّار نخل ، أو تقليم شجر بما يتم به حسن الاستغلال أو نفس الاستغلال [3] .

---

(1) قال الحطاب نقلا عن ابن رشد إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه .

مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد المطبوع مع المدونة الكبرى جـ 4 ص 361 ، 362 . بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 315 . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

(2) تضمنت المادة 640 من القانون المدني المصري والمادة 639 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم بأنه ليس للمستعير الحق في المطالبة بتكلفة الصيانة المعتادة للشيء المستعار ، ولكن يحق له نزع ما قد يكون أضافه له على أن يعيده لحالته الأصلية التي كان عليها . وهذا هو ما أخذت به المواد 856 عراقي و 771 مدني أردني و 655 كويتي . ولا يعد الحكم بذلك عن ما نص عليه الفقهاء المسلمون ، طبقًا لما تشير إليه المادة 776 من مرشد الحيران ، ونصها أن « مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير » . وقد نصت المادة 815 من المجلة العدلية على أن « نفقة المستعار على المستعير » . وكذلك نصت المادة 380 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تكون النفقة التي تقيم أود المعار على المستعير » ونصت المادة 209 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « ما تحتاج إليه العارية من مؤونة أَخْذِها من المعير ومؤونة ردِّها إليه ونفقتها في مدة الإعارة تكون على المستعير » ( الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 229 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 639 ) .

(3) قال الحطاب في المواهب : وسقيها على المعري وكملت بخلاف الواهب ،يعني أن من أعرى شخصًا نخلًا =

وأما الثمرات المدنية كالإيجار مثلًا ، فإنه يستحق يومًا فيومًا فيملكه المستعير كذلك . فإن قبض مقدمًا من أجر تنتهي المدة دونه لزمه رد ما قبضه للمالك حيث إن مدة استحقاقه تمت .

الحقوق التي لمالك العين المستعارة الخاصة بالمنفعة وما يترتب عليها تنتقل للمستعير مدة الإعارة ، فينتفع بها بكل حق للعين كالارتفاق والمرور وأخذ الطمي في أرض الزراعة إلخ كالمالك سواء بسواء .

**استغلال مترتب على مرتب مدى الحياة :**

سبق أن بينا أن مرتب الحياة يكون استحقاقًا في وقف أو عُمرى وهي الإسكان مدة الحياة ، فإن كان هذا الاستغلال لولد ووالداه فقيران محتاجان جاز لهما الأكل بالمعروف من هذا المرتب مع ولدهما ، وكذلك حكم استغلال مترتب على استغلال فلو أعطي ولد صغير في حجر والديه عارية وقبلها عنه أبواه ، وكانا فقيرين محتاجين فلهما الأكل بالمعروف مع ولدهما المذكور .

وأما الاستغلال المترتب على الدين فليس من قبيل العارية ، ولو جاء بلفظ العارية ؛ لأن الدين في الذمة نقد والنقد لا يبقى بعد الاستعمال . فلو تنازل رجل لآخر عن دين له على ثالث لينتفع به فهو تنازل من قبيل القرض إن شرط رده بعد الاستعمال ، أو من قبيل الهبة إن لم يشترط الرد . وأما انتفاعه من أرباح هذه الديون فهو محرم قطعًا ، ولا يجوز لا أخذ الفائدة ولا الانتفاع بها . وهذه دعو سامية للمشرع الإسلامي في وجوب العمل على الغني والفقير ، لا أن يأكل الغني من ربح ماله لا يتعرض فيه إلا للكسب فقط دون الخسارة فيستعبد الناس بماله ، ويكون عالة على المجتمع من غير عمل ينتفع به الناس ، بل يحبس النقد من السير في أعمال العالم إلا لفائدة تعود على شخصه الكسول . لهذا منع المشرع الفائدة على أن من علماء الاقتصاد كثيرين يقولون بمنع الفائدة .

وأما الاستغلال المترتب على شجر فإن كان المراد به الأفرع للوقود أو للفحم

---

= أو نخلات من حائطه فإن على رب الحائط سقى تلك النخلة أو النخلات ، وعليه زكاة ثمرتها سواء أعاره إياها قبل الجذاذ أو بعده . 405/4 ، 505 .

فللمستعير قطعها في وقتها حسب العرف والعادة ولا يتجاوز في استعماله ما تعارف الناس عليه أو شرطه المالك للعارية . وعلى المستعير تعهد الشجر محل المالك بما يبقى عينه محلًا للاستثمار ، ولا يقلع منه شيئًا ، ولا يتلفه فإن فعل ضمن . وليس المستعير ملزمًا بزرع شجر بدل ما تلف ، أو خُلِع لأن الغايات تختلف في نظر المالك والمستعير غير أن المستعير إذا أتلف ، أو خلع شجرًا ضمن قيمته ، لأنه من المقوم ، يومَ الخلع أو الإتلاف لأنه يوم التعدي (1) .

وأما إعارة المحجر أو المنجم فالاستغلال فيهما يقتضِي استهلاك ما يخرج منهما ؛ فلا تبقى عين المحجر أو المنجم لترد ، فيعتبر هذا تمليكًا على أنه هبة أو تبرع ، لأن شرط العارية غير موجود فيهما ، وهو رد العين المستغلة بعد الاستغلال (2) .

وأما استغلال محل التجارة ففيه إفناء للعروض ببيعها فترجع إلى قرض في أثمان عروض التجارة إن اشترط الرد ، وإلى هبة إن لم يشترط . فخرج بذلك عن العارية ودخل في عامل التجارة . فإن كانت أعيان التجارة مثلية أي تكال ، أو توزن ، أو تعد ، أو مقومة بأن كانت تراد لذاتها ، ومثلها تختلف فيه الناس والغايات فإنه بتصرفه في التجارة بها ، والبيع ، والشراء فيها قد التزم رد مثلها إن كانت مثلية ، أو رد قيمتها إن كانت مقومة . وعلى كل حال فليست هي عين العروض التي أعيرت له لينتفع بها فقد انتفى شرط رد عين الشيء المستعار . فاستغلال محل التجارة لا يدخل في العارية ، حتى بمقتضى تعريف القوانين الوضعية حيث اشترط رد العين المستعارة بعد استيفاء المنفعة ، اللّهم إلا إذا قلنا رد العين أو ما يماثلها تجاوزًا وهذا ليس من التشريع في شيء . وأما إعارة أسهم الشركات بما ترتب عليها من كسب أو خسارة فهو جائز ؛ لأن أسهم الشركات وسنداتها لها قيمة معلومة ، وهي خاضعة للأعمال التجارية من ربح وخسارة . فإن الشركات ذات الأسهم

(1) قال الدردير في الشرح الصغير عن اشتراط عدم ذهاب العين واستهلاكها بالإعارة في الشيء بأنه يلزم كونه المستعار ذا منفعة مباحة من عرض ، أو حيوان ، أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه يُرد لربه بعد الانتفاع به لا طعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه بذلك . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

(2) في المدونة جـ 4 ص 363 « قال مالك من أعمر رجلا حياته فمات المعمر رجعت إلى الذي أعمرها » . راجع مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، 270 والتاج والإكليل جـ 5 ص 269 ، 270 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 314، 315 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، 232 .

تعمل مدة السنة في بيع ، وشراء ، أو في تعهدات إنشائية ، أو في زراعات مثلًا وفي نهاية كل سنة يستنزل ما صرف على أعمالها ، ويقسم الباقي على عدد الأسهم فيخص كل سهم مثلًا 4٪ فشراؤها جائز وإعارتها جائزة لأخذ ثمراتها ، وهو الربح إن كان . وليس للمستعير بيع رأس المال ( يعني الأسهم والسندات ) ؛ لأن ثمنها للمعير ملكه وربحها من بيعها يعود على مالكها وليس للمستعير فيه شيء . فلو كان ثمن السهم 4 جنيهات مصرية وقت الشراء ، ثم أعار مالكها الانتفاع بها إلى زيد من الناس مدة سنتين مثلًا ، ثم باعها المالك في نهاية المدة بسعر ستة جنيهات مصرية ففرق السعر ملك لمالكها وهو جنيهان في كل سهم لا للمستعير ، وعلى المستعير إرجاع الأسهم لمالكها بعد نهاية مدة الاستعارة (1) .

## بند [ 39 ] أعمال قانونية يباشرها المستغل

**القانون الفرنسي** : في الأصل يجوز للمستغل مباشرة الأعمال القانونية الإدارية التي تمكنه عادة من استعمال حق التمتع . فيجوز له الاستغلال بنفسه ويجوز له إعطاؤها للغير إجارة لكن يلزمه مراعاة القواعد المقيد بها الزوج بالنسبة لأملاك زوجته الخاصة في الشركة الزوجية في مدة الإجارة وتجديدها ، كذلك يراعى ما نص عليه قانونًا بالنسبة للوصي في عقار القاصر .

فمدة عقد الإيجار تسع سنوات والمالك ليس مقيدًا بغير هذه المدة . وتجديد العقد الذي لم ينته أجله يكون لسنتين في العقار المدني ولثلاث سنين في العقار الحقلي .

إيجار المنقول : يجوز للمستغل إيجار المنقول للغير لاستغلاله بشرط عدم تعرض هذا المنقول للتلف ، وبشرط عدم وجود طريق استغلال غير هذه .

**أعمال قضائية ونظامية** : تدخل بعض أعمال قضائية تحت سلطة المستغل كبيع الزرع المقطوع ، أو المعد للضم ، وعلى المالك احترام بيعه هذا ولو كان الزرع في أفرعه ، أو على أصوله بشرط ألا يكون البيع حصل بتدليس . لكن ثمن المبيع يعود إلى المالك عند انتهاء مدة الاستغلال ، ولما تزل الثمرة على أصولها .

---

(1) قال الدردير عن تعريف الإعارة : تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض . الشرح الصغير جـ 3 ص 230 ، مواهب الجليل الحطاب جـ 5 ص 269 ، 270 ، حاشية الرهوني على الزرقاني جـ 6 ص 197 .

وأباح القانون للمستغل التنازل عن حقه بعوض ، وبغير عوض ورهن حق الانتفاع للغير مدة الاستغلال . ويجوز الحجز على حق الاستغلال من دائني المستغل وبيعه لمصلحتهم .

**حفظ حق المستغل :**

إذا كان حق الاستغلال مرتبًا على عقار فللمستغل دعويان لحفظ حقه ضد أي شخص :

1 - دعوى إثبات الملكية . 2 - ودعوى وضع اليد .

فدعاوى الملكية الخاصة بالمستغل تسمى اعترافية ( اعتراف بحق الاستغلال ) ، وله رفع هذه الدعاوى قبل الثالث واضع اليد للاعتراف بحقه كمستغل ، ولتمكينه من وضع يده لاستغلال العين المرتب عليها حقه .

كما يجوز للمستغل رفع دعوى وضع اليد لوضع حد لمن ينازعه في وضع يده واستغلال حقه . وهذه الدعاوى عينية لتعلقها بالعقار ، وله رفع دعوى شخصية لتسليم الأملاك التي ترتب له عليها حق وهي نتيجة أساسية لحق الانتفاع كالهبة والبيع والوصية [1] .

**بند [ 40 ]**

**التشريع الإسلامي :** يجوز للمستعير الانتفاع بنفسه من الشيء المستعار [2] ، كما يجوز له الانتفاع بواسطة غيره بطريق الوكالة ، أو الإجارة ، أو الإعارة بشرط ألا يمنع المعير ذلك أو يمنع ذلك العرف والعادة من أن العارية لا تعار [3] . وروي عن الإمام

(1) انظر : البنود من 582 إلى 599 ، في الفصل الأول ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 130 : 139 .

(2) للمستعير أن يفعل الفعل المأذون له فيه . الشرح الصغير 332/3 .

(3) جاء في نهاية الفقرة الأولى من المادة 639 من القانون المدني المصري الحكم بأنه لا يجوز للمستعير « دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع » . وهو ما نصت عليه المادة 638 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية التي قضت بأنه ليس للمستعير التصرف في الشيء المعار أو في عينه بإعارة أو أجارة أو رهن أو تزول عن الاستعمال ، إلا بإذن من المعير . فإن فعل ذلك دون إذن ، جاز للمعير فسخ العارية والرجوع عليه بالتعويض . ذلك أن العارية تبرع تراعي فيه عادةً شخصيةُ المستعير ، وهو ما أخذت به المواد 774 من التقنين الأردني ، و 654 من التقنين الكويتي ، و853 ، 855 من التقنين العراقي . وفي الفقه الإسلامي لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها بدون إذن المعير ( م 823 من المجلة و م 767 من مرشد الحيران و م 385 من مشروع تقنين =

مالك قولان أولهما : تعار إلا لشرط أو عرف ، ثانيهما : لا تعار إلا لشرط .

فإن أعار العارية أو أجرها فهو مقيد بأجل العارية أو شرطها ، أو العرف فيها بينه وبين المالك ، فليس المالك مقيدًا بما يفعله المستعير خارجًا عن أجله ، أو شرطه ، أو العرف [1] .

فإن زادت مدة الإجارة عن مدة العارية فللمالك الخيار في الإمضاء ، وله الأجر في المدة الزائدة ، وفي الفسخ لأن على المستعير إخلاء المحل المعار كما كان ، وإرجاع الشيء المعار لمالكه على حالته بعد الاستعمال . والإيجار كما يكون للعقار يكون للمنقول بشرط رضاء المالك ، أو بحكم العرف والعادة ؛ فمن استعار دابة لينقل عليها أتربة من حقله لمنزله أو ليركبها من بلد كذا إلى بلد كذا فالعرف والعادة لا يبيحان [2] له كراؤها ، ولو علم ربها بذلك ما أعارها . لهذا وجب التقيد في استغلال الشيء المعار بالشرط والعرف والعادة . وإن تعدى المستعير ذلك ضمن إذا تلفت . وسيأتي تعدي المستعير في الحمل والمسافة [3] .

وجاز طلب إعارة خادم أو دابة على أن يعيره مثلها بخادم أو دابة في هذا اليوم أو الشهر ، وتسمى إجارة الإعارة ؛ لأنها منافع بمنافع سواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف ، اتحد الزمن أو اختلف ، لكن بشرط تعيين الزمن أو العمل كالإجارة ،

---

= الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام ( أبي حنيفة و م 1314 من مجلة الأحكام الشرعية . وإذا أطلق المعير الإذن بالانتفاع ولم يعين منتفعا جاز للمستعير أن ينتفع بنفسه بالعين المستعارة وأن يعيرها لمن شاء . وإذا قيدها المعير وعين منتفعا يعتبر تعيينه فيما يختلف باختلاف المستعمل فلا يملك المستعير إعارتها لغيره ، ولا يعتبر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فيملك المستعير إعارتها لغيره ( م 762 من مرشد الحيران و م 819 ، 820 من المجلة العدلية . انظر مع ذلك 1313 م من مجلة الأحكام الشرعية ، وقد جاء فيها فيها أنه « ليس للمستعير إعارة العارية بلا إذن المالك ... » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 638 ) .

(1) قال الحطاب في المواهب 268/5 وما بعدها : إذا منع المعير المستعير من الإعارة فإنه ليس له الإعارة . قال ابن سلمون : العارية مندوب إليها وتصح من كل مالك للمنفعة ، وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية ما لم يحجر عليه ذلك ، ومن استعار شيئًا لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك .

(2) في الأصل : [ يباح ] .

(3) قال ابن رشد في بداية المجتهد [ وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكًا للعارية إما لرقبتها إما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصح من المستعير أن يعيرها . بداية المجتهد ابن رشد جـ 2 ص 313 .

وبشرط أن يقرب العقد من زمن العمل ، وهذه المسائل كثيرة الوقوع في ريف مصر عند فقراء الفلاحين في الدواب ، والماشية حتى في العمل اليدوي فهو جائز .

للمستعير أو المستغل أن يبيع زرع الأرض المستعارة وثمر الحديقة المستعارة كما يشاء بلا تعرض من أحد ، سواء كانت مقطوعة أو معدة للقطع أو الحصاد بشرط أن يكون مالكا لذلك بمقتضى شرط الإعارة أو مدتها . فإن كان لا يملك ذلك لا بمدة ولا بشرط فهو بيع ملك الغير . فإن باعه بحضور المالك ولم يعترض فليس له إلا الثمن فإن سكت سنة فليس له شيء ( يراجع بيع الفضولي ) [1] . فلو أعار شخص بستانًا لآخر مدة سنتين ابتداء من أول يناير فيملك المستعير ثمار هذه الحديقة وما يزرعه فيها من بقول وخضراوات هذه المدة ، فلو باع المستعير محصول السنة الثالثة الذي لا يستحقه بمقتضى المدة مثلًا فقد باع ما لا يملك ، فالخيار للمالك إن شاء أمضاه وأخذ الثمن ، وإن شاء نقضه ، وليس لأنه مستغل يحق له التصرف في أملاك الغير . والقانون يحتم على المالك احترام تصرفه ، وإن أعطاه الثمن فلا يجب أن يكون الخيار للمالك ، وهو العدل .

وبما أن حق الاستغلال ثابت للمستغل قانونًا ككل حق ، فيجوز له التنازل عنه بعوض وبغير عوض ، كما يجوز له جعله توثقًا في معاملته مع الآخرين فيجوز بيعه للسداد ، والحجز عليه لدائنيه . بشرط ألا يخالف شرطًا أو عرفًا .

عقد الإعارة قصد به معروف كالهبة والوقف مثلًا ، ولكن ليس هذا معناه أن يترك حق المستعير تبع أهواء المعير ، فعقد الإعارة حكمه كالآتي :

**أولًا** : إذا كانت الإعارة مقيدة بعمل أو أجل فهي لازمة للمعير وليس له أن يتحلل منها بأخذ الشيء المستعار قبل نهاية الأجل أو العمل ؛ فمن أعار أرضًا لزراعتها قمحًا فليس له الرجوع في الإعارة ولزمته حتى تنتهي زراعة القمح ، أو أعار دابة للركوب مدة شهر كذلك ، فيجبر المالك قضاءً على إبقاء العين المعارة في

(1) قال الدردير : وصح بيع غير المالك للسلعة ، وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع ، وهو لازم له منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازما من جهته أيضًا ، وصار الفضولي كالوكيل . الشرح الصغير 5/3 .

يد المستعير حتى ينتهي العمل أو يمر الأجل قولًا واحدًا [1].

---

(1) نصت المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 658 من التقنين الكويتي . والمادة 861 من التقنين العراقي . والمادتان 1/776 ، 777 من التقنين الأردني على انتهاء الإعارة المؤقتة بمضي الأجل المتفق عليه ، وهو ما أخذت به المادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة ؛ ويتفق ما تقضي به هذه المواد مع ما جاء في الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 826 من المجلة العدلية على أن « العارية المؤقتة نصًا أو دلالة يلزم ردها للمعير في ختام المدة ، لكن المكث المعتاد معفو ... » . ونصت المادة 827 من المجلة العدلية كذلك على أنه « إذا استعير شيء للاستعمال في عمل مخصوص فمتى انتهى ذلك العمل بقيت العارية في يد المستعير أمانة كالوديعة ، وحينئذ ليس له أن يستعملها ولا أن يمسكها زيادة على المعتاد ، وإذا استعملها أو أمسكها فهلكت ضمن . وفي هذا المعنى أيضًا المادة 764 من مرشد الحيران . ونصت المادة 396 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « إذا كانت العارية مؤقتة وأمسكها المستعير بعد مضى الوقت فهلكت ضمن » ( انظر المذكرة الإيضاحية لهذه المادة وكذلك : ابن عابدين جـ 4 ص 772 ) . وفي خصوص كون العارية غير لازمة في حق المعير إذا كانت غير مقيدة بمدة أو بعمل ، فيجوز له إنهاؤها في أي وقت . قال ابن القاسم وأشهب ( في مذهب مالك ) : إذا لم تقيد الإعارة بزمن ولا عمل فلا يلزم ربها شيء ، وللمعير أن يسترد العارية متى شاء ( بداية المجتهد جـ 2 ص 262 و القوانين الفقهية ص 358 وشرح مجموع الأمير جـ 2 ص 196 . الشرح الكبير وحاشية جـ 3 ص 394 ) . وقد أخذ الحنابلة بأن العارية غير لازمة في حق المستعير في جميع الأحوال ؛ فقد نصت المادة 1299 من مجلة الأحكام الشرعية على أن « العارية ليست من العقود اللازمة ، فللمستعير أن يرد العارية متى شاء ، وللمعير الرجوع فيها متى شاء ، مطلقة كانت أو مؤقتة ولو قبل شروع المستعير في الانتفاع أو قبل انقضاء غرضه أو قبل الوقت المعين في المؤقتة » . أما في خصوص كون العارية لازمة أو غير لازمة في حق المعير إذا عين لها أجل أو حدد لها عمل أبرمت من أجله ، فقد اختلف الفقه الإسلامي : حيث يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الإعارة غير لازمة في حق المعير . ولو كانت مقيدة بزمن أو عمل ، فيجوز له استرداد العارية في أي وقت ، فقد نصت المادة 806 من المجلة على أن « للمعير أن يرجع عن الإعارة متى شاء » . ونصت المادة 825 على أنه « متى طلب المعير العارية لزم المستعير ردها إليه فورا ، وإذا وقفها وآخرها بلا عذر فتلفت العارية أو نقصت قيمتها ضمن » ونصت المادة 768 من مرشد الحيران على أن من حق « للمعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أي وقت شاء ، ولو كانت مؤقتة أو كان في استردادها ضرر ، إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزروع أو كان قريب الزوال ، فليس للمعير الاسترداد وتبقى العين في يد المستعير بأجر مثل حتى يزول الضرر » . ونصت المادة 382 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أن من حق « المعير أن يرجع في العارية متى شاء ، ولو كانت مؤقتة أو كان في الرجوع ضرر بالمستعير ، فتبطل العارية بالرجوع وتبقى العين المستعارة بأجر المثل إن كان ثمة ضرورة لبقائها » الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 768. انظر كذلك المادة 1299 من مجلة الأحكام الشرعية ( على المذهب الحنبلي ) التي تقدم ذكرها . بينما يرى المالكية أن الإعارة تكون لازمة في حق المعير إذا كانت مقيدة بزمن أو عمل . فلا يجوز له استرداد العارية قبل نهاية المدة أو تمام العمل . وقد نصت المادة 207 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا قيدت مدة الإعارة بزمن أو عمل فليس للمعير أن يسترد العارية من المستعير قبل انتهاء مدتها ، وإن =

**ثانيًا** : إذا كانت الإعارة غير مقيدة لا بعمل ولا بأجل فهل للمالك أخذ الشيء المعار في أي وقت يشاء ، ولا يلزمه ترك العارية مدة ما يرى الناس أنها مدة ما تراد له هذه العارية ، أو ليس للمالك أخذ العارية إلا بعد مضي مدة ما تراد لمثلها هذه العارية عادة ؟ قولان في الراوية ، والراجح أن المالك غير مقيد بتركها مدة ما تراد له لأن المستعير قد دخل على ذلك فلا ظلم [1] عليه [2] .

---

= لم تقيد بزمن ولا عمل فليس له أن يستردها قبل انتهاء المدة المعتادة في إعارة مثلها . وله استردادها منه متى شاء في جميع الحالات إذا استعملها في غير ما أعيرت لأجله مع مراعاة أحكام المادة السابقة » ( بداية المجتهد جـ 2 ص 262 . القوانين الفقهية ص 358 . شرح مجموع الأمير جـ 2 ص 196 . الشرح الكبير وحاشيته جـ 3 ص 394 ) .
وقد أخذت المادة المذكورة في المدني المصري والمشروع بمذهب المالكية في لزوم العارية في حق المعير إذا كانت مقيدة بزمن أو عمل . هذا ، وقد اشترطت الفقرة الثالثة من مادة المشروع المدني طبقًا للشريعة في استعمال المستعير حقه في رد الشيء المعار قبل انتهاء العارية ألا يترتب عليه ضرر للمعير . وذلك استنادًا إلى القاعدة العامة التي تقضي بأنه « لا ضرر ولا ضرار » . وقد جاء في قواعد ابن رجب ص 111 القاعدة الستون ) أن التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 634 ) .

(1) يتفق ذلك مع ما قضت به المادة 644 من القانون المدني المصري ، وهو ما أخذت به المواد 643 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 862 من التقنين العراقي ، والمادة 659 من التقنين الكويتي ، وهي تقضي بأنه إذا اتفق على أجل معين للعارية أو على غرض معين ، فإن العارية مع ذلك تنتهي قبل انقضاء الأجل أو تحقيق الغرض ، إما بسقوط الأجل إذا طرأت الحاجة للمعير أو أعسر المستعير ، وإما بفسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه . أما إذا لم يتفق على أجل معين ولا على غرض معين ، فإن العارية تنتهي في أي وقت يريده المعير .
انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي في المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني ، طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . وما تقضي به هذه المواد يدخل في نطاق ما يراه جمهور الفقه الإسلامي ، الشافعية والحنفية والحنابلة ، من أن الإعارة غير لازمة في حق المعير ولو كانت مقيدة بزمن أو عمل ، فيجوز له استرداد العارية في أي وقت ، سواء في الحالات المذكورة في هذه النصوص أو في غيرها (انظر المادتين 806 ، 825 من المجلة العدلية والمادة 768 من مرشد الحيران والمادة 382 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة والمادة 1299 من مجلة الأحكام الشرعية ) . وفي خصوص حق المعير في فسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه ، فإن حكم هذه المواد يتفق مع الجمهور في ذلك . فقد نصت المادة 207 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « للمعير أن يسترد العارية متى شاء في جميع الحالات إذا استعملها المستعير فيما هو أشق عليها مما أعيرت لأجله » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 643 ) .

(2) قال الدردير : وجاز أن يقول أعِنّي بغلامك مثلًا في هذا اليوم أو الشهر لأعينك في غد مثلًا بغلامي أو دابتي ، =

وكل هذا مالم تكن الإعارة للبناء أو الغرس ،فإن كانت لهما ولم تقيد بمدة فإن المعير ملزم بدفع ما أنفقه المستعير ؛ لأنه غرر به في الجملة . فإن أراد أخذ العارية فعليه دفع ما أنفقه المستعير ، فإن دفع النفقة التي تكلفها المستعير فله الرجوع قولًا واحدًا . وإن لم يدفع وجب عليه انتظار الوقت الذي تراد له مثل هذه الإعارة كأن كان في مولد أو مهرجان مثلًا ، فيجب عليه انتظار انتهاء مدة المولد أو المهرجان مثلًا وهو الوقت الذي أريدت له مثل هذه العارية . وقد نص في المدونة [1] على أن المعير له الرجوع في مسألة الإعارة للبناء أو الغرس إن دفع له قيمة ما أنفقه أهـ .

فإذا تم التعاقد بين المعير والمستعير ولزمت العارية بأن تحددت المدة أو العمل ، أو إذا لم تحدد المدة أو العمل ، وكانت الأرض المعارة للبناء أو الزرع ، ولم يدفع المعير ما أنفقه المستعير ، وامتنع المعير من تسليم الشيء المستعار فللمستعير الحق في مقاضاة المعير شرعًا [2] ، وتسلم العارية ويجبر المعير على ذلك كما يجوز للمستعير أن يحفظ حقه قبل أي شخص ينازعه في استيفاء منفعة الشيء المعار فله دعوى ملكية المنفعة . وهذه الدعاوى تكون عينية إذا تعلقت بالعقار . وإن تعلقت بالمنقول فهي شخصية حسب اصطلاح الفقهاء الحديث . وعلى العموم فللمستعير الحق في استيفاء المنفعة والمحافظة عليها في الابتداء والدوام [3] .

---

= وهي حينئذ إجارة لا إعارة ، لأنها منافع بمنافع ، وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف كبناء وحصاد ، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف فيشترط فيها تعيين الزمن أو العمل كالإجارة . الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 231 .

(1) المدونة للإمام مالك بن أنس المتوفى سنة ( 179 هـ ) واسم الكتاب « المدونة الكبرى » رواها الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم عن الإمام مالك وهي من أجل الكتب في الفروع المالكية .
سير أعلام للنبلاء 169/16 ، معجم المطبوعات 2 / 169 ، 1610 .

(2) قضت المادة 637 من القانون المدني المصري بأنه :
1 - إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية ، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات .
2 - أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سيِّئ النية » وقد أخذت بذلك المادة 849 من التقنين العراقي والمادة 651 من التقنين الكويتي والمادة 635 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 635 ) .

(3) قال في المدونة : قلت : أرأيت إن أراد الذي بنى أو غرس أن يخرج قبل الأجل أله أن يقلع نقضه ، وغراسه قبل الأجل ؟ قال : نعم ذلك له إلا أن لرب الأرض أن يأخذ البناء والغرس بقيمته ، ويمنعه نقضه إذا دفع إليه قيمة ما له فيه منفعة ويمنعه أن ينقض ما ليس له فيه منفعة . المدونة الكبرى جـ 4 ص 362 .

## بند [ 41 ] واجبات المستغل

**القانون الفرنسي** : حق المستغل على العين موضع الاستغلال . وعلى مالك العين أن تبقى العين سليمة لاستغلاله ، وألا يضيع عليه المالك حق الاستغلال . وحق المالك على المستغل حفظ حق ملكيته على العين المستغلة بحيث لا يعارضه فيها معارض ، ويتسلمها كاملة بعد مدة الاستغلال . غير أن هناك مواضع يجب بحثها .

**أولًا** : واجبات ما قبل الاستغلال : يتعين على المستغل عمل شيئين :

( 1 ) حصر المنقولات وإثبات أوصاف وحالة العقار ؛ وذلك لمعرفتها معرفة حقيقية حتى إذا انتهت مدة الاستغلال أعادها للمالك كما تسلمها .

وطريقة الحصر تكون حتى بمحضر عرفي بإمضاء المستغل متى كان الطرفان مكلفين . فإن لم يكونا كذلك أو كان أحدهما فقط وجب أن يكون الحصر بمعرفة مسجل العقود على نفقة المستغل .

فإن لم يعمل الحصر جاز للمالك عدم تسليم العين موضع الاستغلال للمستغل حتى يقدم كشف الحصر أولًا . فإن سلم المالك مع عدم الحصر فيفترض القانون أن العقار كان على أحسن حال ، ويجوز إثبات المنقول ولو بشهادة شهود مهما كانت قيمته [1] .

ويجوز لمن رتب حق الاستغلال معافاة المستغل من الحصر وإثبات الحالة ؛ بل يجوز أيضًا أن يعمله على حسابه هو .

( 2 ) تقديم ضمان استغلال كأنه رب عائلة حازم ، والضمان أن يضمن شخص للمالك إرجاع المنقول والعقار موضع الاستغلال بعد مدته على حالته التي تسلمه [2] بها . ويجب على الضامن أن يكون حائزًا لجميع الصفات المطلوبة في الضامن قانونًا ( يعني رشيدًا مقتدرًا مقيمًا بدائرة محكمة الاستئناف ) .

ويمكن للمستغل تقديم ضمان مالي مضمون ، ومعادل للضمان الشخصي كمبلغ يودع أمانة أو أسهم مالية أو رهن عقاري .

فإن لم يجد المستغل ضامنًا ، ولا ما يحل محله تعين :

---

(1) في الأصل : [ قيمتها ] .

(2) في الأصل : [ تسلمها ] .

( 1 ) إما إيجار العقار واتخاذ إجراءات لحفظ العين أو إصلاحها وما بقي يأخذه المستغل .

( 2 ) أو تعيين حارس يتولى قبض الإيراد ، ويحفظ منه المصاريف الضرورية ، ويعطي المستغل ما زاد عن ذلك ثم توضع المبالغ الباقية بعد هذا لاستغلالها فيأخذ المستغل فوائدها . أما المنقول فيجوز للمالك طلب بيعه ووضع ثمنه للاستغلال ، وللمستغل فوائده إذا كان هذا المنقول يتلاشى بالاستعمال . ويجوز للمحكمة إبقاء بعض المنقول لاستعمال المستغل الشخصي تحت ضمانته الشخصية ، على أن يسلمها عند نهاية الاستغلال ، ويحلف على ذلك يمينًا .

وفي كل هذه الأحوال فالمستغل يستحق الثمرة من يوم استحقاقه قانونًا [1] .

## بند [ 42 ]

**التشريع الإسلامي** : العين المستعارة يملك المستعير فيها حق الانتفاع ؛ فيجب تمكينه منها على الوجه المتفق عليه ، أو بمقتضى العرف والعادة . والمعير يملك رقبة الشيء المعار[2] ، فيجب على المستعير المحافظة عليه [3] ورده

---

(1) انظر : البنود من 600 إلى 616 ، في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 134 – 138 .

(2) المستعار « ذو منفعة مباحة من عرض ، أو حيوان ، أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه لربه بعد الانتفاع به » الشرح الصغير ( 231/3 ) .

(3) هذه المادة تقابل المادة 641 من القانون المدني المصري ونصها :

1 – على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد . فالتزام المستعير في هذا الصدد التزام ببذل عناية . حيث يكون عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله ، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي . ومن ثم يكون مسئولا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعيبه ، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه هذا القدر من العناية . فإن قصر في ذلك وجبت مسئوليته عن تعويض التلف . والقاعدة أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة ، سواء في العارية وفي غيرها من العقود . ولكن القانون أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة بغرض التشدد في مسئولية المستعير باعتبار أن العارية عقد تبرع . وفي الفقه الإسلامي يرى الشافعية والحنفية والمالكية أن العارية أمانة في يد المستعير ، ومن ثم لا يضمن المستعير العارية إلا بالتعدي عليها أو التقصير في المحافظة عليها . ذلك أن مسئولية الشخص عما في حيازته من مال مملوك للغير تختلف بحسب ما إذا كانت يده يد أمانة أو يد ضمان ، فإن كانت الأولى كما هو الشأن بالنسبة إلى المستعير فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو =

كاملًا كما سلِّم له (1) .

1 – وإنه لضمان عدم التنازع مستقبلًا عند رد العارية لربها في أنها نقصت أو تلف

= التقصير ، وإن كانت الثانية فإنه يضمن ولو لم يصدر منه تعد أو تقصير . وقد خالف الحنابلة جمهور الفقهاء في ذلك ، فاعتبروا يد المستعير يد ضمان ، وذلك بناء على قاعدة لديهم وهي أن من حاز مالًا لغيره لمصلحة نفسه دون عوض ضمن تلفه وهلاكه ، ولو كان التلف أو الهلاك بلا تعد أو تفريط ( انظر في هذا المعنى بالنسبة إلى العارية م 1206 من مجلة الأحكام الشرعية ) . وقد أخذت المادة 640 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بمذهب الجمهور ، فاعتبرت يد المستعير يد أمانة ، بحيث لا يضمن إلا إذا صدر منه تقصير في المحافظة على العارية أو تعد عليها .

وفي نصوص الفقه الإسلامي ما يواجه هذه الأحكام ، فقد نصت المادة 813 من المجلة العدلية على أن العارية أمانة في يد المستعير ، فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت بلا تعد ولا تقصير ، فلا يلزم الضمان ... ونصت المادة 376 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تكون العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إن هلكت من غير تعد ، ( الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 767 . مجمع الأنهر جـ 2 ص 646 . فتح القدير جـ 7 ص 104 ) . ونصت المادة 814 من المجلة العدلية على أنه « إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العارية ، ثم هلكت أو نقصت قيمتها ، فبأي سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان ... » . ونصت المادة 772 من مرشد الحيران على أن « العارية لا تضمن بالهلاك من غير تعد ، ويبطل اشتراط ضمانها في العقد ، وإنما تضمن بتعدي المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله في المحافظة عليها » .

ونصت المادة 204 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن العارية أمانة في يد المستعير ، فعليه أن يحافظ عليها وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه ، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان ، ( الشرح الكبير جـ 3 ص 392 والشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 228 ) . ونصت المادة 774 من مرشد الحيران على أنه « إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه ، يكون متعديًا فيضمنها . وإن أخذ العارية متغلب ولم يقدر المستعير على دفعه ، فلا ضمان عليه » . ونصت المادة 384 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « إذا اشترط الضمان في العارية بطل الشرط » ( الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 761 ) . وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 772 من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها . ونصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « لا يعمل بشرط الضمان على المستعير فيما لا يضمن فيه » . ونصت المادة 1297 من مجلة الأحكام الشرعية ( المذهب الحنبلي ) على أنه « يلغى كل شرط ينافي مقتضى عقد الإعارة ، فلو شرط نفي الضمان لغى الشرط » . والمادة المذكورة من المشروع تقابل المادتين 857 ، 858 من التقنين العراقي ، والمادة 770 من التقنين الأردني ، والمادة 656 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(1) الشيء المستعار وهو ذو منفعة مباحة من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه ليُرد لربه بعد الانتفاع به . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 269 ، 270 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 197 ، 198 .

بعضها أو استعملت فوق الطاقة يجب حصر الشيء المعار بإثبات أوصافه وحالة العقار في محضر من نسختين يحفظ المعير والمستعير نسخة منه للعمل بها عند التنازع [1] ، ولم ينص على ذلك شرعًا ولكنه لا يتنافى مع القواعد الشرعية الصحيحة فيصار إليه . وقد وضع المتشرعون الإسلاميون قواعد للفصل بين المعير والمستعير عند التنازع . وهذا الحصر في محضر كإقرار يؤخذ به كل من المعير والمستعير فيجب أن يكونا أهلًا للإلزام والالتزام ، وإلا باشر ولي أو قيم أو وصي عديم الأهلية بدله في حقه ، ويجوز للمعير ترك الحصر وتسليمه إلى المستعير بلا شيء ، فإن لم تثبت أوصاف الشيء المستعار جاز للمعير الامتناع عن التسليم حتى يتم ذلك ؛ لأنه من قبيل التوثق بحقه فيجاب لذلك ، ويجوز إثبات صفة الشيء المستعار بالشهود كما يجوز إثباتها بالكتابة بين الطرفين .

2 - وللمالك الحق في طلب ضامن من المستعير خشية إتلاف عين الشيء المستعار أو ضياعه بتفريط ، وهو حق للمعير يجب إجابته له . على أن هذا ليس ضمانًا للمعينات في الوديعة والعارية ومال القراض ومال الشركة على أنها إذا تلفت أتى بها بعينها لاستحالته . فإن ضمن ما يترتب عليها بسبب تعدٍّ أو تفريطٍ ضمانَ القيمة صح ولزم ، وهو الذي يقصده الناس في ضمان المعينات كما يقع في الأسواق في ضمان بعض الدلالين لبعض على أنه إذا هرب ولم يأت به كان عليه قيمة ما هرب به ، فهذا صحيح وإن كان ضمانه في الأمانات صورة ؛ لأنه باعتبار ما يترتب من تفريط سمسار من القيمة .

وليس المراد هنا في العارية التكفل بإرجاع المنقول أو العقار ؛ لأنه متى تلف أو ضاع فيستحيل إرجاعه ، فتعين أن يكون الضمان هنا في القيمة عند التلف أو الضياع .

ويجب أن يكون الضامن مستوفيًا لشروط التصرف الشرعي بالغًا عاقلًا غير محجور عليه مقتدرًا ، وليس بشرط إقامته في محل خاص سوى محل تأخذه فيه الأحكام الشرعية لإمكان الاستيفاء منه شرعًا .

---

(1) ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع . انظر المذكرة الإيضاحية للمادة 637 من تقنين المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ويتفق ذلك مع المواد 851 ، 852 ، 859 من التقنين العراقي ، ومع المادتين 772 ، 1/773 من التقنين الأردني ، والمادة 653 من التقنين الكويتي . وتتفق ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 637 ) .

والمراد بالضمان التوثق فيصح حصوله بالضمان الشخصي للضامن ، وبمبلغ من المال وديعة أو برهن عيني إلخ .

فإن لم يجد المستغل المستعير ضامنًا نظر القاضي فيما يراه مصلحة من تمكين المستعير من استيفاء المنفعة مع المحافظة على عين الشيء المستعار ، على أن المفروض في الإعارة قصد الثواب والمعروف حيث لم يجبره أحد على التبرع ، فلا يصح منه هذا التشاد فيما لا يقدر عليه المستعير .

وليس للمعير طلب بيع الشيء المستعار على أن يكون للمستعير فائدة الثمن ؛ لأنه بذلك خرج عن الإعارة التي هي الانتفاع بالعين وردها بعد تمام المدة أو وجود الشرط أو العرف . أما إذا كانت العارية من الأشياء التي تتلاشى عند الاستعمال فهي قرض كما قلنا سابقًا ، وإن وردت بلفظ الإعارة ؛ لأن شرط العارية رد عين الشيء المستعار بعد الانتفاع ، وهنا تلاشت العين بالاستعمال (1) .

## بند [ 43 ] الأشخاص المعفون من تقديم الضمان

**القانون الفرنسي** : يعفي من تقديم الضمان قانونًا :

**أولًا** : الأب والأم عند استعمالهم حق التمتع القانوني في مال أولادهم اعتمادًا على عطفهم الطبيعي الذي يحملهم على المحافظة على أموال أولادهم ، وعلى أن لهم حق الرهن في عقار أوصيائهم متى بقي الأب والأم فقط ، وكان لهم حق الوصاية مع التمتع .

**ثانيًا** : الزوج عند استعمال حق التمتع في مال زوجته الخاص في نظام شركة الزوجية وفي نظام استبعاد شركة الزوجية ، وفي المهر في نظام المهر .

**ثالثا** : الواهب أو البائع لعقار مع شرط الاستغلال للعين المبيعة (2) .

ويعفي من الضمان من أعفاه مرتب الاستغلال ( يعني يجوز لمرتب الاستغلال

---

(1) يشترط في الشيء المعار أن يكون مما يجوز الانتفاع به ، وهو ذو منفعة مباحة من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به مع بقاء عينه ليرد لربه بعد الانتفاع به لا طعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه . الشرح الصغير جـ 3 ص 231 ، ومواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 269 ، 270 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 197 .

(2) في الأصل : [ المباعة ] .

عدم طلب الضمان ممن ذكروا ) .

ويجوز إعادة طلب الضمان ممن أعفوا من تقديمه متى طرأ عليهم ما يزعزع الثقة فيهم كالإفلاس ، أو تصفية أملاكهم قضائيًا ، أو تجاوز الحد في الانتفاع ويخشى على العقار منه [1] .

## بند [ 44 ]

**التشريع الإسلامي** : بما أن مدار الضمان على وجود الخوف من الإتلاف ، أو التبديد ، والمفروض في الأبوين الأمانة على أموال أولادهما فلا يلزمهما تقديم ضامن لحق الانتفاع بالمعروف من مال أولادهما عند الحاجة . ومع ذلك لو كان الأب متلافًا أو مفرطًا في مال ولده ضمن . ومتى جاز ضمانه جاز للحاكم طلب ضامن منه لما تحت يده من مال قاصره إذا رأى المصلحة في ذلك .

وليس للزوج حق في استعمال مال زوجته على أي شكل إلا برضاها ؛ فمتى أذنت له في ذلك فهي صاحبة الشأن في طلب ضامن أو عدم طلبه ؛ لأن الزوج ضامن متى فرط أو أتلف كأي شخص كان لا علاقة للزوجة به .

أما الواهب فلا ضمان عليه قبل القبض ، وبعد قبض الموهوب له للعين الموهوبة وجولان يده فيها يكون كمالكها الحقيقي فله التصرف فيما وهب إليه كما يشاء . فإن خاف على الهبة من واهبها بعد ذلك فله طلب التوثق ، وكذلك البائع بشرط الاستعمال فمدار طلب الضمان وجود خوف التلف أو التفريط ، فيجاب الطالب لذلك . والذي يقدر ذلك هو المالك أولًا وبالذات . فإن اختلفا في ذلك فالقاضي يفصل بما فيه مصلحة المعير .

وكما يجوز طلب الضمان في بدء الإعارة يجوز طلبه في مدة وجودها خصوصًا إذا طرأ ما يزعزع ثقة المعير في المستعير من إفلاسه بالمعنى الأعم ، أو بالمعنى الأخص ( كما سيأتي في باب الإفلاس ) أو من إفراطه في استعمال العين المعارة مثلًا .

---

(1) انظر بند 601 ، في الفصل الثاني من الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 135 .

## بند [ 45 ] واجبات المستغل قبل الاستغلال

**القانون الفرنسي** : يمكن حصر واجبات المستغل في ثلاثة أشياء .

( 1 ) حفظ عين الشيء المستغل . ( 2 ) استغلال أب عائلةٍ حكيم .

( 3 ) تحمل تكاليف العين المستغلة .

**أولًا** : واجب حفظ عين الشيء المستغل ، ينتج منه :

1 - أن المستغِلّ لا يمكنه هدم الشيء مكان الاستغلال ( كهدم منزل ) .

2 - أن المستغل لا يمكنه تغيير تخصيص الشيء المستغَلّ ( كجعل أرض للزراعة غابة أو المنزل فابريكة ) .

3 - لا يمكن للمستغل تغيير شكل وجود الشيء المستغَلّ لا من الداخل ولا من الخارج .

**ثانيًا** : واجب الاستغلال كربٍّ عائلةٍ حكيم . هذا واجب أساسي وهو إدارة الشيء المستغل إدارة حسنة ، فالمستغل مأخوذ بخطئه الذي يرتكبه مُحْسِنُ الإدارة ، فينتج ما يأتي :

1 - يلزم المستغل عدم استنفاذ قوة الشيء المستغل إلا ليزيد في إيراده السنوي مع حفظ الأساس ليسلمه عند نهاية مدة استغلاله ( كزيادة خصب الأرض لكثرة الإنتاج مثلًا ) .

2 - يجب على المستغل ملاحظة الشيء المستغل والتحفظ عليه ، وهو ضامن لفقده أو لتجريده أو لهدمه الناتج عن خطئه أو إهماله . وعند حصول الحريق فللمالك تضمينه بنفس هذه الشروط ، على أن المستغل ليس ملزمًا بالتأمين على العين المستغلة .

3 - يلزم المستغل منع سقوط الحق بمضي المدة على الشيء المستغل خصوصًا باستعماله بالفعل للعقار لمنع سقوط الحق بعدم الاستعمال .

4 - يلزم المستغل إبلاغ المالك كل اغتصاب ، أو ادعاء ، أو معارضة لملكية الشيء المستغل مدة الاستغلال ، وإلا تحمل كل مسئولية قبل المالك تنتج عن ذلك .

**ثالثًا** : واجب حمل تكاليف المنتفعين ، وهو بعض مصاريف لها صفة دورية وبعضها سنوية يتحملها المنتفع عادة على الإيراد ، ويدخل فيها ما يأتي :

1 - إصلاح الصيانة : يجب على المنتفع بخلاف الإصلاح الكبير فعلى المالك إلا إذا نتج عن عدم إصلاح الصيانة فَعَلَى المنتفع .

2 - التكليف السنوي للعقار ، كالضرائب والعوائد وكل ما يترتب سنويًا فهي على المستغل .

3 - تكاليف فوق العادة تفرض على الملكية ، كضريبة الحرب أو التبليط فهي على المنتفع والمالك فإن قدمها المالك ، فالمنتفع يتحمل بفوائدها وإن دفعها المنتفع أخذها بعد نهاية الانتفاع بدون فائدة .

4 - مصاريف التقاضي : التقاضي الخاص بالاستغلال فقط على المستغل مصاريفه ، والتقاضي الموجه إلى الملكية ، ونتيجته خسارة القضية ، وكان المالك والمستغل ممثلين في القضية فالتكاليف عليهما معًا ، بمعنى أن المصاريف يتحملها المالك وفوائدها يتحملها المستغل ، ومع هذا فإن حُكِم بعدم استحقاق الاستغلال فالتكاليف عليهما بالتساوي : فإن مثل أحدهما في التقاضي دون الآخر ، وخسر الدعوى تحمل وحده مصاريفها [1] .

## بند [ 46 ] واجبات المستعير وقت الاستغلال

### التشريع الإسلامي :

يجب على المستغل ( المستعير ) :

1 - حفظ عين الشيء كمالكه سواء بسواء ، فلا يجوز له مخالفة شرط أو عرف أو عادة في استعمال الشيء المعار [2] ، وعلى هذا فلا يجوز هدم البيت المعار ، ولا تغيير ما خصص له إلا لأدنى مما استعاره له ؛ فأرض الزراعة لا تصير

---

(1) انظر : البنود من 600 إلى 616 ، في الفصل الثاني ، من الباب الأول من الكتاب الثالث : من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 134 : 138 .

(2) قضت المادة 641 من القانون المدني المصري والمادة 640 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بأن « على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المواد 857 ، 858 من التقنين العراقي ، و 770 من التقنين الأردني ، و 656 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 640 ) .

للبناء ، ولا تصير غابة ولا يجعل منزل السكنى محل تجارة أو صناعة ، ولا يمكنه تغيير شكل الشيء المستعار [1] .

2 – يجب على المستعير أن يستغل الشيء المعار برفق بلا إفراط [2] ولا تفريط فإن أفرط في الاستعمال ضمن ما أنقصه من قوة الشيء المستعار [3] ، وإن فرط في الحفظ حتى فقد المستعار ، أو انهدم ، أو تلاشى بسببه فهو ضامن . وضمان الشيء

---

(1) قال ابن رشد في بداية المجتهد « وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نفضها بالاستعمال . بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 314 .

(2) قضت المادة 639 من القانون المدني المصري بأنه :

1 – ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

2 – ولا يكون مسئولًا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه العارية . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 637 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد 851 ، 852 ، 859 من التقنين العراقي ، ومع المادتين 772 ، 773/1 من التقنين الأردني ، ومع المادة 653 من التقنين الكويتي . وتتفق مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد : فقد نصت المادة 816 من المجلة العدلية على أنه « إذا كانت الإعارة مطلقة ، أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع ، كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة ... » وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 760 من مرشد الحيران . ونصت المادة 817 من المجلة على أنه « إذا كانت الإعارة مقيدة بزمان أو مكان يعتبر ذلك القيد ؛ فليس للمستعير مخالفته .. » وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 761 من مرشد الحيران . ونصت المادة 818 من المجلة على أنه « إذا قيدت الإعارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستعير أن يتجاوز ذلك النوع إلى ما فوقه لكن له أن يخالف باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه ... » وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 761 من مرشد الحيران . وكذلك المادة 390 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة . ونصت المادة 206 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « إذا استعمل المستعير العارية بغير إذن المعير في أزيد مما أعيرت لأجله فإن هلكت بهذا الزائد ضمن قيمتها ، وإن تعبت به ضمن الأكثر من قيمة العيب أو أجرة الزائد ، وإن سلمت من الهلاك والتعييب فعليه أجرة الزائد ( الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ 3 ص 393 وما بعدها . وبداية المجتهد جـ 2 ص 264 ) . ونصت المادة 1292 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا يشترط تعيين نوع الانتفاع في الإعارة ، فلو أعاره من غير تعيين كان للمستعير الانتفاع بالمعروف على الوجه المعتاد في المعار . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية المادة 637 » .

(3) جاء في بداية المجتهد : « وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالًا ينقضها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال » بداية المجتهد ( 314/2 ) .

المستعار يأتي على التفصيل الآتي :

**أولاً** : إن خالف المستعير شرط المعير أو العرف والعادة في الاستعارة ضمن الشيء المستعار يوم التعدي لا يوم الإعارة ، ويشترط في المخالفة أن تكون إلى أسوأ لا إلى أقل إلا في المسافة فلو خالف فيها ، ولو كانت المسافة الأولى مثل الثانية ضمن .

**ثانيًا** : ضمن المستعير الشيء المستعار إن كان مما يغاب عليه ، ويمكن إخفاؤه كالحلي والثياب إن ادعى ضياعه أو تلفه . وتسمع منه بينته على أن التلف أو الضياع حصل بلا سببه (1) .

**ثالثًا** : ضمن المستعير الشيء المعار إن كان مما لا يغاب عليه ، وقامت قرينة على كذبه في ادعاء التلف أو الضياع ، فالقول للمستعير فيما لا يغاب عليه في التلف أو الضياع فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة تكذبه (2) .

فإن كان الشيء المستعار مما يغاب عليه ، وقامت بينة المستعير على تلفه أو ضياعه بلا سببه ، أو كان الشيء المستعار مما لا يغاب عليه ، ولم تقم قرينة على كذب المستعير فلا ضمان على المستعير في الحالتين (3) .

فإن شرط المستعير نفي الضمان عن نفسه فيما يغاب عليه ضمن على الأرجح ، وقيل : لا ضمان عليه مع هذا الشرط ، ولو شرط الضمان فيما لا يغاب عليه كالبيت والأرض مثلًا بطل الشرط ولا ضمان (4) .

وأساس الضمان التعدي من المستعير أو الإهمال أو الإفراط أو التفريط ، ومتى ثبت واحد من هذه المعاني ضمن ، فإن ثبت أن التلف أو الضياع بغير سببه كماء ، أو نار ،

---

(1) قلت : أرأيت إن استعرت ثوبا من رجل ،فضاع عندي أأضمنه أم لا ؟ : قال مالك : هو ضامن . المدونة الكبرى ( 361/4 ) .

(2) جاء في الشرح الصغير : « والقول للمستعير في التلف أو الضياع فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة كذبه » . الشرح الصغير ( 232/3 ) .

(3) قال الحطاب في المواهب نقلا عن ابن رشد في المقدمات : إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه . مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 6269 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 198 والشرح الصغير ( 232/3 ) .

(4) يضمن المستعير عند المالكية ما يغاب عليه ، ولو شرط نفي الضمان عن نفسه على الأرجح ، وقيل : إن شرط نفيه أفاده ، فلا ضمان عليه . الشرح الصغير ( 231/3 ) .

أو جائحة ، أو سرقة من حرز المثل فلا ضمان عليه [1] ولو اشترط المعير الضمان ؛ لأن هذه أحكام مقررة لأمر عام فالشرط ضدها مخالف للنظام العام والقانون .

وليس المستعير مكلفًا بالتأمين ضد الحريق على الشيء المستعار لأنه :

**أولًا** : عقد مخالف لمبادئ التشريع الإسلامي لما فيه من الخطر على الأموال .

**وثانيًا** : مناط الضمان السبب في التلف أو الضياع [2] .

ويدخل في المحافظة على العين المستعارة إبلاغ المالك ما يقع عليها من الغير

---

(1) « إن ما هلك من العارية بغير صنع المستعير كالسوس في الثوب ، وقرض الفأر ، وحرق النار ، فإنه يحلف ما فرط فيه ، ويبرأ ، سواء كان مما يغاب عليه أم لا » الخرشي على مختصر خليل ( 124/6 ) .

(2) تقضي المادة 641 من القانون المدني المصري والمادة 640 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة بأن المستعير يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ملكه .
فالتزام المستعير في هذا الصدد التزام ببذل عناية حيث يكون عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي . ثم إنه يكون مسئولًا عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعيبه ، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه هذا القدر من العناية ، فإن قصر في ذلك وجبت مسئوليته عن تعويض التلف . والقاعدة أن المدين لا يسأل عن القوة القاهرة ، سواء في العارية أو في غيرها من العقود . ولكن القانون أورد في العارية استثناء لهذه القاعدة أراد فيه التشدد في مسئولية المستعير باعتبار أن العارية عقد تبرع .
ونصت المادة 204 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « العارية أمانة في يد المستعير ، فعليه أن يحافظ عليها وأن يتعهدها بالصيانة مما يخاف عليها منه ، وتركه لذلك تفريط يوجب الضمان » ( الشرح الكبير جـ 3 ص 392 والشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 228 ) . ونصت المادة 774 من مرشد الحيران على أنه « إذا كان في إمكان المستعير منع التلف عن العارية بأي وجه ولم يمنعه ، يكون متعديًا فيضمنها . وإن أخذ العارية متغلب ولم يقدر المستعير على دفعه فلا ضمان عليه » . ونصت المادة 384 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « إذا اشترط الضمان في الطائرة بطل الشرط » ( الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 4 ص 769 ) ، وفي هذا المعنى أيضًا ما جاء في المادة 772 من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها . ونصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه « لا يعمل بشرط الضمان على المستعير فيما لا يضمن فيه » . ونصت المادة 1297 من مجلة الأحكام الشرعية ( المذهب الحنبلي ) على أن ( يلغى كل شرط ينافي مقتضى عقد الإعارة ، فلو شرط نفي الضمان لغي الشرط » . والمادة المقترحة تقابل المادتين 857 ، 858 من التقنين العراقي ، وتقابل المادة 770 من التقنين الأردني . تقابل المادة 656 من التقنين الكويتي .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 640 ) .

كالاغتصاب ، أو السرقة ، أو ادعاء الملكية ، ووضع اليد فإن استحقت العارية بحق من يد المستعير فلا ضمان عليه ، وإن سكت المدة الطويلة حتى تم مضى المدة الشرعية ( الحيازة ) اعتبر مفرطًا وضمن .

**واجب تحمل تكاليف الشيء المستعار** : نفقة الشيء المستعار التي بها كيانه ووجوده على المالك إن كان عقارًا ، وإن كان منقولًا فعلى المستعير . وقيل : على المستعير في الأمرين . وأما نفقة الصيانة فعلى المنتفع ، وقيل : على المالك . والظاهر من الخلاف عدم الترجيح . وقال بعض العلماء : إن كانت العارية ليومين أو ثلاث فنفقتها على ربها فإن طالت المدة عن ذلك فنفقتها على المستعير . وقال بعض المتشرعين من مذهب الإمام مالك : إن كان الإصلاح ذا بال فعلى المالك ، وإن كان خفيفًا فعلى المستغل . أما الضرائب والأموال والعوائد فيتبع فيها العرف . فإن لم يعرف فالنظر للشرط بينهما ، فإن لم يكن شرط ولا عرف فالرأي للقاضي في الترجيح حسب المصلحة العامة .

وأما تكاليف فوق العادة فإن كان فرضها بالنسبة للملكية فعلى المالك ، وإن كان بالنسبة للإيراد فعلى المستعير إلا لشرط أو عرف .

وأما مصاريف التقاضي فإن كانت لحفظ الملكية فعلى المالك ، وإن كانت لحفظ الريع أو للاستغلال فعلى المستعير [1] .

## بند [ 47 ] القانون الفرنسي

**دين مرتب الاستغلال بالنسبة للمستغل :**

إذا كان الاستغلال ناتجًا عن وصية ، وكان على العين دين فإن كانت الوصية بعنوان خاص لشيء خاص فلا يدفع المستغل أي شيء من ديون التركة . فإن دفع دين العين ( الرهن ) المترتب على موضع الاستغلال فهو دين على الورثة ، وله الرجوع عليهم به .

وإن كانت الوصية بعنوان عام لجميع التركة أو لجزء منها 4/1 أو 2/1 وجب

---

(1) قال الحطاب في المواهب : « إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه ، لو ضاعت ضياعًا لا يقدر على ردها » .
مواهب الجليل جـ 5 ص 269 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 205 .

على المنتفع دفع دين التركة ، بمعنى أنه إن دفعها استردها في نهاية استغلاله بلا فائدة . فإذا لم يدفع المنتفع ليأخذ في نهاية الاستغلال فالمالك مخير بين دفع الدين مع احتساب الفوائد على المنتفع ، أو بيع جزء من العين موضع الاستغلال لسداد هذا الدين .

**استغلال مترتب على قطيع من الغنم :**

متى ترتب استغلال على قطيع من الغنم فللمستغل الحاصلات الطبيعية من الحيوانات وتشمل : اللبن ، الصوف ، السماد ، النتاج ، وللمستغل التصرف في المسن منها التي لا تنتج على أن يعوضها عند نهاية الاستغلال ، وله حفظ جلودها ما دام عوَّضها ، وعليه تسليمها عددًا كما استلمها في نهاية الاستغلال ، وعليه تعويض الفاقد فإن نفقت جميعها بمرض أو موت بدون إهمال المستغل فعلى المستغل رد الجلود للمالك فقط .

**واجب المالك وحقوقه :**

المالك يملك في العين المرتب عليها منفعة للغير رقبتها فقط فله بيعها أو ترتيب حقوق عينية عليها للغير مع عدم الإضرار بحقوق المستغل . ويمكنه أن يعمل في العقار كل ما فيه حفظه ، وكان ضروريًا أو نافعًا كإصلاح كبير أو إحداث مبان جديدة بدون إلزامه بتعويض للمنتفع حتى ولو ضايقه ما دام لم يمنع انتفاعه ، وله مقاضاة المنتفع ليقوم بواجباته نحو العين المنتفع بها .

ويجب على المالك ترك كل حرية للمنتفع ( المستغل ) ، لينتفع بحقوقه . وهل يجب على المالك قانونًا القيام بالإصلاحات الكبيرة أو إحداث مبان جديدة بحيث يجبر قانونًا على عملها ؟ خلاف ، الرأي الأول يقول : نعم ، والرأي الثاني يقول : لا ، وهو المعمول به [1] .

**بند [ 48 ]**

**التشريع الإسلامي** : إذا كان الانتفاع للمستعير بالشيء المعار ناتجًا عن وصية بأن

(1) انظر : البنود من 600 إلى 616 ، في الفصل الثاني ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 134 : 138 .

أوصى شخص لآخر بإعارته شيئًا ينتفع به مدة معينة فإن كانت الوصية بذلك الشيء معينة كأن أوصى بفرسه لزيد من الناس ينتفع بها مدة سنة مثلًا ، وكان قد رهنها قبل وفاته فتخليص هذه العين على الورثة ، فإن كانت الوصية بجزء مشاع كربع أو خمس التركة ، وكانت التركة مدينة بما فيها الربع أو الخمس وجب سداد الدين قبل إنفاذ الوصية .

فإن دفع الدين الموصى له في الأولى فيرجع به على الورثة ، وإن دفعه في الثانية رجع على الورثة بما يخص نصيبهم في التركة دون نصيبه هو فيتحمله ، وفي المسألتين لا يتحمل أحد فائدة لأن الفائدة ممنوعة شرعًا .

أما الاستغلال المرتب على قطيع من الغنم فهو جائز ، ويستغل المستعير اللبن والصوف والسماد ، ويستغل النتاج إذا كان بشرط أو عرف ، وليس له الحق في التصرف في المسن منها التي لا تنتج إلا بإرادة المالك ؛ لأن هذا تصرف في ملك الغير فهو ضامن للقيمة يوم التعدي وليس المستعير ملزمًا بإحضار بدل ما باع؛ لأنه متى ضمن القيمة وجب عليه أداؤها نقدًا لا عينًا [1] .

ومتى ضمن وأدى القيمة صارت الأشياء التي باعها أو تصرف فيها ملكًا له ، وعلى المستعير تسليمها لربها بعد مدة الاستعارة عددًا ووصفًا كما تسلمها ، وعليه قيمة الفاقد إن كان متعديًا أو مهملًا . فإن نفقت جميعها بمرض أو موت بدون تسبب المستعير فلا ضمان عليه ، وعليه رد جلودها لمالكها .

**واجب المالك وحقوقه :**

المالك يملك رقبة الشيء المستعار عارية عن المنفعة [2] ؛ فله التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات من بيع ، أو رهن ، أو هبة ، أو ترتيب حق عليها مع عدم الإضرار بحقوق المستعير . وقال بعض علماء المالكية : لا يجوز بيع العين المستعارة حتى تنتهي الإعارة ، وهو معنى عدم الإضرار بحقوق المستعير . وللمالك عمل ما فيه

---

(1) الواجب على المقترض فيما نص عليه المالكية رد مثل الأعيان المقترضة قدرًا وصفةً .

وعن الضمان قال الحطاب : يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية .

الشرح الكبير جـ 3 ص 539 ومواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 269 وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 205 .

(2) لأن العارية تمليك . الشرح الصغير ( 230/3 ) .

حفظ العين المستعارة ، وكان ضروريًّا أو نافعًا بحيث لا يمنع انتفاع المستعير على ما أريدت له الاستعارة . وله مقاضاة المستعير متى قصر في واجبات الحفظ والتعهد للشيء المستعار . وعلى المالك ترك المستعير حرًا في انتفاعه كما يرى بشرط عدم مخالفة عرف أو شرط . وليس على المالك شرعًا القيام بإصلاحات كبيرة أو إحداث مبان جديدة ليزيد انتفاع المستعير ، وإنما عليه فقط بشرط أو عرف إبقاء العين المستعارة ليستفيد منها المستعير . وما كان محسنٌ يتحتم عليه إصلاحاتٌ ومبان للغير جزاء إحسانه بالاستعارة ؛ لأن هذا مناف لأصل الإعارة من أنها يقصد بها المعروف و الإحسان ووجه اللّه [1] .

## بند [ 49 ] تلاشي الانتفاع

### أسباب تلاشي الانتفاع

### القانون الفرنسي :

**أولًا** : موت المنتفع : هذا هو السبب الطبيعي لتلاشي الانتفاع بل لمحوه ، فلا ينقل الانتفاع إلى ورثة المنتفع المتوفى فتعود المنفعة إلى مالك العين ، وكل شرط يخالف ذلك يعتبر لاغيًا . فإذا كان الانتفاع مرتبًا لشخص معنوي يتلاشى بمضي ثلاثين سنة . ولا يصح اشتراط ما يتنافى مع هذه المدة .

**ثانيًا** : مضي المدة المحددة للانتفاع إذا كان مرتِّبُ الانتفاع حددها بمدة فإن مات المنتفع قبل نهاية المدة تلاشى الانتفاع ، ومُحِي ولا ينتقل لورثته .

**ثالثًا** : اجتماع ملكية العين والمنفعة في يد واحدة ، كأن يملك المنتفع الشيء المنتفع به بأي سبب من الأسباب المفيدة للملك أو يملك مالك العين المنفعة بأي سبب فيتلاشى الانتفاع ويمحى .

**رابعًا** : عدم الاستعمال لمدة ثلاثين سنة : إذا لم ينتفع المستغل بالعين المرتب عليها الاستغلال مدة ثلاثين سنة سقط حقه في الاستغلال ، بخلاف حق الملكية فلا يتلاشى بعدم الاستعمال .

---

(1) سبقت الإشارة إلى تعريف المالكية للإعارة بأنها تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض ، بخلاف البيع لأنه تمليك ذات ، الشرح الصغير جـ 3 ص 231 .

**خامسًا** : هلاك الشيء المرتب عليه الاستغلال ، إذا تلف الشيء المستغل بقوة عرضية سقط الاستغلال ، وإذا تلف بَعْضُه انتفع بالبعض الباقي . فإذا كان التلف بفعل المالك وجب عليه التعويض للمنتفع ، وإن كان بيتًا وهدم فلا منفعة في أرض ولا أنقاض للمنتفع .

**سادسًا** : حرمان المستغل من حقه لتجاوزه حد المعقول في الاستغلال ، ويوجد سوء الاستغلال بتخريب العين المستغلة أو بتركها تتلف .

الحرمان من الاستغلال لا يتم بالقانون بل لابد من صدور قرار المحكمة به ، والقضاة أحرار في تقدير التلف ، وفي بحث الموضوع من جميع نواحيه وتقدير ما يرونه صالحًا .

يجوز لدائني المستغل الحضور في قضية الحرمان ، ويقبل منهم ضمان الإصلاح وضمان عدم حصول ضرر في المستقبل ، ويمنع القانون سريان الفوائد للدائنين المذكورين من تاريخ الحرمان من الاستغلال .

**سابعًا** : تنازل المستغل : يجوز للمستغل التنازل عن استغلاله صراحة أو ضمنًا ، ويصح التنازل على أي شكل وقع ، ولكن إذا كان المستغَل عقارًا يجب تسجيله لمعارضة الغير به ، وليكون حجة عليه . ويجوز لدائني المتنازل المعارضة في التنازل متى أضر بحقوقهم .

**ثامنًا** : التملك بوضع اليد من 10 إلى 20 سنة : الاستغلال يجوز تملكه بمضي المدة ، فيقطع هذا الحق عن المستغل ويتلاشى . وذلك لو أن ثالثًا تملك عقارًا بأي سبب من أسباب التملك على أنه ليس عليه حق للغير ومضى على ذلك عشر سنين ، وكان مستحق الاستغلال حاضرًا سقط حقه في الاستغلال أو عشرين سنة إذا كان غائبًا ، وذلك متى كان حسن النية . وبذا تملك مالك العقار هذه العين خالية من أي حق للغير .

وهذا الوجه يشبه التلاشي لعدم الاستعمال ؛ لأن المستغل يترك الاستغلال في كل منهما مدة ، لكن الفرق أن مدة الترك في عدم الاستعمال ثلاثون سنة ، وفي مضي المدة من عشر إلى عشرين سنة ، وأن في سقوط الحق لعدم الاستعمال يكفي عدم الاستعمال فقط ، ولكن في التملك بوضع اليد يجب وضع اليد بسبب ملكية

صحيحة وحسن نية [1] .

## بند [ 50 ] تلاشي الانتفاع

### التشريع الإسلامي :

### أسباب تلاشي انتفاع المستعير من العارية :

**أولًا** : اجتماع ملكية الشيء المعار للمستعير بشراء ، أو ميراث ، أو نحوه ، أو ملكية المعير للمنفعة مع ملكية العين المعارة أصالة كميراثه للمنفعة أو شرائها من المستعير ، أو تنازله عنها للمالك تنازلًا مطلقًا . فمتى اجتمعت ملكية الرقبة وملكية المنفعة في يد واحدة تلاشى حق الانتفاع كإعارة ، وأصبح حق الانتفاع بملك العين [2] .

**ثانيًا** : هلاك الشيء المستعار كلًّا أو بعضًا : فمتى هلك الشيء المستعار كلية تلاشت منفعته ، وإن هلك بعضه انتفع المستعير بالباقي متى كان ممكنا . هذا إذا كان الهلاك والتعدي من غير المالك فإن كان من المالك ، وكانت الإعارة مقيدة بزمن أو عمل أو لم يمض ما تعار له فيلزم المالك شراء عين بدل التي أهلكها ليستوفي المستعير منها منفعته ، أو تقوَّم المنفعة في المدة الباقية أو التي لم تتم ويدفعها المالك للمستعير ؟ خلاف بين المتشرعين في المذهب .

فإن كانت الإعارة غير مقيدة لا بزمن ولا بعمل أو مضي ما تعار له فلا شيء للمستعير قِبَل المعير ، ومعلوم أن المستعير لا يملك شيئًا في ذات المعار لا قائمًا ، ولا مهدومًا وأن له المنفعة فقط [3] .

(1) انظر : البنود من 617 ، 624 ، في الفصل الثالث ، من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 138 : 140 .

(2) تقضي المادة 1010 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية بأنه : « ينتهي حق الانتفاع إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المنتفع والمالك . غير أنه لا يعد منتهيًا إذا كان للمالك مصلحة في بقائه » ويتفق ذلك مع ما تقضي به المادة 1259 من التقنين العراقي مع المادة 5/1215 من التقنين الأردني ، ويتفق الحكم الوارد في هذه النصوص مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة من المشروع ) .

(3) قضت المادة 994 من القانون المدني المصري والمادة 1009 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بانتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء المنتفع به ، وهو ما يتفق مع المواد 1258 من التقنين العراقي ، 1217 =

**ثالثًا** : مضى المدة المحددة للانتفاع بشرط ، كأن أعاره له سنة ، أو بعرف أو عادة ، كأن أعاره فرسًا أو دابة للسفر من بلد كذا إلى بلد كذا ، وكان العرف والعادة يقضيان بسفرة واحدة أو حمل شيء معين مثلًا . فمتى انتهى الأجل المشروط أو انتهى ما تراد له العارية من عرف وعادة فقد بطل حق الانتفاع ، ولا شيء للمستعير [1] ، وعليه تسليم العين المستعارة لمالكها ، وإلا عد غاصبًا وضمن . فحكم العارية ينتهي بانتهاء ما قيدت به من عمل أو أجل ، وبمضي ما تعار له فيجب على المستعير الرد من نفسه بدون طلب من المالك وإلا عُدَّ غاصبًا من تاريخ ذلك [2] .

ومعلوم أن العارية كالإجارة تنصب على المنفعة لذات الشيء المؤجر أو المعار فإذا كانت لها مدة محددة ومات المستعير ولم يكن مشترطًا عليه فيها الانتفاع فقط أو عدم إعارتها ، أو اقتضى ذلك العرف والعادة ، فإن حق الانتفاع يورث عنه لورثته

---

= من التقنين الأردني ، 953 من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 39 من مرشد الحيران على أن حق الانتفاع ينتهي بهلاك العين المنتفع بها انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(1) يتفق ذلك مع المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 658 من التقنين الكويتي . والمادة 861 من التقنين العراقي ، ومع المادتين 1/776 ، 777 من التقنين الأردني .

وما تقضي به المادة المقترحة يتفق مع ما يقوله الفقه الإسلامي بلا خلاف ، وذلك فيما عدا كون العارية لازمة أو غير لازمة في حق المعير إذا عين لها أجل أو حدد لها عمل أبرمت من أجله طبقًا لما سبق بيانه من الخلاف في ذلك .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة643 ) .

(2) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي قضت بانتهاء العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ، أو باستعمال الشيء فيما أعير له ، وقد جاء في المادة 644 من المشروع الحكم بانتهاء العارية بموت المستعير ما لم يتفق على غير ذلك ، ويتفق هذا كله مع ما جاء في المواد 658 ، 660 كويتي و 861 ، 863 عراقي و 776 ، 777 أردني و 643 ، 645 مصري ، وهو ما يتفق مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 826 من المجلة العدلية على لزوم رد العارية للمعير في ختام المدة ، كما نصت المادة 827 على وجوب ردها بانتهاء العمل الذي أعيرت من أجله ، وهو منصوص المادة 396 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة ، وهو ما جاء في بداة المجتهد 262/2 والقوانين الفقهية ص 358 والشرح الكبير 394/4 . وفي المادة 807 من العدلية النص على انتهاء العارية بموت المستعير ، وهو ما جاء في المادة 778 من مرشد الحيران والمادة 401 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أبي حنيفة وحاشية ابن عابدين 775/4 .

المدة الباقية من الأجل . فإن كانت الإعارة للمنفعة الشخصية كإسكان شخص معين في منزل ؛ لأنه يؤدي عملًا خاصًا للمالك ، أو إعارة دابة لشخص معين يركبها ، أو إعارة أرض لمن يزرعها لخدمة أداها للمالك أو حذر المالك المنتفعَ من الإعارة للغير قولًا أو عرفًا ( كلولا معروفك عندي ما أعرتك ) ، فتكون حينئذ الإعارة للمنفعة لا للانتفاع [1] فليس للمستعير ( المنتفع ) أن يؤجرها ، ولا يعيرها ولا يهب منفعتها للغير ولا تورث عنه ، وعلى هذا فموت المعير أو المستعير لا يفسد العارية ، وينتقل حقها للورثة بالشروط الآتية :

1 - أن تكون الإعارة لها مدة محددة ولم تنته المدة .

2 - أن تكون العارية مقيدة بعمل ولم ينته بعدُ هذا العمل .

3 - أن لا يمضي ما تعار له عادة في رأي بعض الفقهاء .

4 - أن لا يكون مشروطًا فيها عدم الإعارة للغير صراحة أو ضمنًا من المستعير .

5 - أن لا يكون مقصودًا فيها الشخص المستعير لعمل خاص يراد بالاستعارة فيه الانتفاع .

6 - أن يحكم العرف والعادة فيما يحدث في الإعارات ، وما يتبعها من الأحكام فإن جرى فيها بالانتفاع فلا تورث ولا تؤجر ولا توهب ، وإن جرى العرف بالمنفعة فهي تورث وتؤجَّر وتوهب .

وفي هذا تفصيل دقيق ذكره العلامة الزرقاني [2] فقال ما ملخصه :

---

(1) الفرق بين تمليك المنفعة وتمليك الانتفاع هو موضوع الفرق الثلاثين من فروق القرافي ، وفيه أن تمليك الانتفاع له أن يباشره بنفسه فقط ، وتمليك المنفعة أعم فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية . راجع حاشية الرهوني على شرح الزرقاني 197/6 .

(2) أبو محمد عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني الفقيه المالكي ، أخذ عن النور الأجهوري لازمه وشهد له بالعلم .

له مؤلفات منها : شرح على المختصر ، وشرح على خطبة خليل للناصر اللقاني . كان مولده بمصر سنة 1020 ، وتوفى في رمضان سنة 1099 .

( شجرة النور ص 304 ) .

ملك المنفعة يرجع إلى أمرين : مالك المنفعة ومالك الانتفاع .

فمالك الانتفاع تقصد ذاته مع وصفه كإمام أو خطيب أو مدرس ببيت وُقِفَ عليه لوصفه المذكور ، وكمستعير منع من أن يعير صراحة أو ضمنًا فلا يؤجر ولا يهب ولا يعير ولا يورث عنه لأنه مالك الانتفاع فقط .

ومالك المنفعة يقصد الانتفاع بالذات لأي منتفع كمستعير لم يمنع من إعارة ، وكمستأجر فله أن يؤجر وأن يهب وأن يعير ويورث عنه .

وقد عرضت بعد هذه المسألة ( خلو الرِّجل ) فقال الفقهاء : إن ما يأخذه المستأجر لبيت وقف أو لسكنى يصح له فيها التنازل عن العين المؤجرة من شخص آخر ليمكنه من الحلول محله في هذه العين يعتبر من قبيل المنفعة لا الانتفاع (ومعروف الفرق بين الأجرة الشهرية ، وبين خلو الرجل لهذه العين المؤجرة ) ومعروف على هذا أن من ملك المنفعة في العين المؤجرة له فله أخذ الخلو ( خلو الرجل ) ويورث عنه . فإذا مات شخص وله خلو حانوت أو منزل استحق وارثه هذا الخلو عن مورثه ، فإذا مات من لا وارث له استحق الخلو بيت المال . وعلى كل حال فيقضى دين المتوفى من خلو حانوته أو بيته ، لأنه ميراث . فإن مات المعير فليس لورثته أخذ الشيء المستعار متى كان ذلك لازمًا لمورثهم حال حياته كأن قيدت العارية بمدة أو بعمل أو بما تراد له . فإن كانت العارية مطلقة ، ولم تكن في الأصل لغرس أو بناء ، أو كانت لغرس أو بناء ودفعوا ما تكلفه المستعير جاز لهم أخذ العارية والرجوع فيها بلا تعويض .

ولا فرق في كل هذا بين كون المنتفع شخصًا حقيقيًا أو معنويًا ، فتتبع شروط الإعارة أو العرف والعادة أو ما تراد له الإعارة .

وأما عدم استعمال الشيء المعار فلا يكون سببًا في تلاشي الانتفاع إلا إذا تركت العارية لما تراد له عرفًا أو مضت المدة بدون انتفاع ؛ فمن استعار أرضًا ليزرعها سنة مثلًا فمضى وقت ما تراد له الزراعة لمثل هذه الأرض فللمالك أخذها منه ، وإن كان الفقهاء قيدوا الترك في هذه الحالة بمضي سنة ، فإن تركها وخشى ربها تلف الأرض من عدم الزراعة فله رفع الأمر للحاكم ، وبيان الضرر فينتزعها منه ويسلمها لمالكها رفعًا للضرر .

وعلى هذا لو تظلم المالك من حصول ضرر من المستعير للشيء المستعار قدره الحاكم . ومتى رأى صحته ألزم المستعير برد العارية ولو كانت مؤقتة ، ولم يمض الوقت رفعًا للضرر (1) .

ويجوز شرعًا لكل دائن الحضور في خصومة توجه للمدين محافظة على حقوقهم إذا وجدوا ما يضر بحقوقهم كدائنين ، وأما الفوائد فلم يقل بها أحد من المتشرعين المسلمين .

**رابعًا** : تنازل المستغل : يجوز للمستعير التنازل عن حقه في الانتفاع بالعارية إلى المعير فيسقط حقه في الانتفاع ، وإلى غير المعير فينقل حق الانتفاع إلى من تنازل إليه . فإن كان تنازلًا نهائيًا فلا يعود للمستعير ، وإن كان لمدة صح ذلك ويعود للمستعير بعد نهاية المدة .

والتنازل يصح أن يكون صريحًا أو ضمنًا ، متى كان غير ممنوع منه لشرط أو عرف أو عادة . وهنا يصح لدائني المستعير التدخل إذا كان في حالة تدعو لعدم الوفاء بالتزاماته ، دفعًا للضرر بحقوقهم (2) .

**خامسًا** : التملك بمضي المدة في الحيازة الشرعية ، إن التملك كما يكون للعين يكون للمنفعة . وقد يكونان في يد واحدة ، كما يكونان في يدين

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 644 من القانون المدني المصري والمادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . وهو ما يتفق مع المادة 862 من التقنين العراقي ، و 659 من التقنين الكويتي . وهي تقضي بأنه إذا اتفق على أجل معين للعارية أو على غرض معين فإن العارية مع ذلك تنتهي قبل انقضاء الأجل أو تحقيق الفرض ، إما بسقوط الأجل إذا طرأت حاجة للمعير أو أعمر المستعير ، وإما بفسخ العارية إذا أساء المستعير استعمال الشيء المعار أو قصر في المحافظة عليه . أما إذا لم يتفق على أجل معين ولا على غرض معين فإن العارية تنتهي في أي وقت يريده المعير ( م 642/2 من المشروع ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 643 من القانون المدني المصري والمادة 643 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وتتفق مع المادة 658 من التقنين الكويتي ، والمادة 861 من التقنين العراقي ومع المادتين 1/776 ، 777 من التقنين الأردني .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

مختلفتين ، وبذلك تدخل المنفعة في التملك بوضع اليد حيازة شرعية كما سبق تفصيل ذلك في باب التملك بوضع اليد ؛ فمن ملك عينًا واستعملها مدة عشر سنين أمام مالك حق الاستغلال بدون أن يبدي معارضة ما فقد امتلكها المالك عينًا ومنفعة .

وقد سبق الكلام في التلاشي بعدم الاستعمال وأن من استعار أرضًا مثلًا للزراعة ولم يزرعها فللمعير منعه من الانتفاع بها بعد ذلك ، وقال البعض : ليس له منعه ؛ لأن مقدار الزراعة معلوم فهو كضرب الأجل ، ويحمل الزرع على مرة واحدة عند الإطلاق .

## بند [ 51 ] نتائج تلاشي الانتفاع

**القانون الفرنسي** : النتيجة الطبيعية لتلاشي حق الانتفاع اجتماع الملكية والانتفاع في يد واحدة وهي يد المالك للعين التي كان مرتبًا عليها حق الانتفاع .

ويجب على المستغل أو ورثته إرجاع الأعيان موضع الاستغلال على أساس محضر الجرد والحصر لإثبات حال العقار المعمول قبل الدخول في الاستغلال ، فإذا نقصت عوِّض المالك . وليس للمنتفع أي تعويض في الإصلاحات التي عملها في العين المستغلة ، فقط له الحق في أخذ ما يمكن أخذه بدون تلف في العين المذكورة كمرآة في الحائط وضعها أو تبلو ( منظر مصور ) كما يجب عمل إسقاط للتحسينات الموجودة عند تقدير التعويض على المنتفع [1] .

## بند [ 52 ] نتيجة تلاشي الانتفاع

**التشريع الإسلامي** : إن كان سبب التلاشي انقضاء مدة الإعارة أو نهاية العمل الذي أريدت له عادت المنفعة للمعير فتجتمع هي وملك العين في يد واحدة وهو المالك مثلًا . وإن كان سببه تلاشي نفس العين المعارة فلا يكون للمستعير حق قبل المعير إلا إذا كان هو الذي أتلفها .

فإن كان التلاشي في حياة المستعير رد العين المعارة للمستعير ، وإن كان بعد

---

(1) انظر : البنود من 617 إلى 624 ، في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 138 : 140 .

وفاته ردها ورثته مكانه ، فإن عمل المعير والمستعير محضرَ حَضْرٍ عُمل به في رد الشيء المستعار ، وإلا فإن اتفقا صفة وقدرًا فَبِها ، وإن اختلفا فالحكم كالآتي :

1 - إن ادعى الآخذ العارية في ثوب ودابة وآنية مثلًا ، وادعى المالك الكراء فالقول للمالك بيمين أنه أكراها ، إلا أن يأنف مثله عن أخذ كراء حسب العرف فالقول للمستعير بيمين .

2 - وإن اختلفا في المسافة فقال المعير : 20 ك م وقال المستعير : 30 ك م مثلًا فإن اختلفا عند بلوغ ال 20 ك م ، فالقول للمالك ؛ لأن المستعير مدع زيادة الأصل لا عدمها ، ولا تسلم له الدابة إن خُشي تعديه إلا بتوثق ، فإن اختلفا عند بلوغ ال 30 ك م أي بعد الركوب فالقول للمستعير في نفي الضمان وفي نفي الكراء . فإن اختلفا في القيمة بعد الهلاك فالقول للمستعير لأنه هو الغارم ، والبينة على المالك إن أشبه ، وإلا فالقول للمالك بيمينه . فإن ردت الإعارة كاملة فبها ، وإلا ضمن المستعير ما نقص . وما أحدثه المستعير من إصلاحات لا يأخذ عنها تعويضًا من المعير [1] وللمستعير أخذ ما وضعه في العين المعارة ، فإن ركبه في حائط ونزعه منها فأحدث ضررا فعليه تعويضه ، أو يأخذه المعير بقيمته مقلوعًا إن كان له قيمة [2] .

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 640 القانون المدني المصري ، والمادة 639 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :

1 - يتحمل المستعير المصروفات التي يقتضيها استعمال الشيء المعار أو تكون لازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة .

2 - وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية » .

وتتفق الفقرة الأولى من المادة مع المادة 856 من التقنين العراقي . وتقابل المادة 771 من التقنين الأردني . وتقابل المادة 655 من التقنين الكويتي . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 776 من مرشد الحيران على أن « مؤونة العين المستعارة ومصاريف حفظها وردها تكون على المستعير » . ونصت المادة 815 من المجلة على أن « نفقة المستعار على المستعير ... » . ونصت المادة 389 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تكون النفقة التي تقيم أود المعار على المستعير » . ونصت المادة 206 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « ما تحتاج إليه العارية من مؤونة أخذها من المعير ومؤونة ردها إليه ونفقتها في مدة الإعارة تكون على المستعير » ( الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 226 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 235 ) .

(2) لعل المؤلف يشير إلى ما نقل عن بعض فقهاء المذهب المالكي في أنه إن ادعى الآخذ الشراء والمالك الكراء فالقول له بيمين إلا أن يأنف مثله عنه . قال ابن القاسم : من ركب دابة رجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها ، =

## بند [ 53 ] الاستعمال والسكنى والحكر

**القانون الفرنسي :**

**أولًا** : حق الاستعمال صفاته القضائية أنه : حق عيني ، حق مدى الحياة في الأصل ، حق مجزأ عن الملكية .

حق الاستعمال لم يكن قانونيًا أبدًا ولم يحدث إلا بعمل الإنسان ، وحينئذ فطريقة ترتيبه هي كالاستغلال .

حقوق الاستعمال : في الأصل عقد ترتيب الاستعمال يحدد حق الاستعمال ومدته ، فإذا لم يحدد من أعطى حق الاستعمال فالمنتفع من العين المستعملة لا يأخذ منها أزيد من حاجاته هو وعائلته فقط كزوجته وأولاده ، ولا يجوز للمستعمل أن يتنازل أو يؤجر حق استعماله لآخرين بخلاف الاستغلال كما مر .

واجبات المستعمل : يجب عليه تقديم الضمان وعمل محضر الجرد والحصر ، وإثبات الحالة والاستعمال برفق كأب العائلة [1] ، وعليه نفقة إقامة الحواجز ودفع الضرائب السنوية كلها بعضها حسب استعماله لكل أو بعض الغلة .

تلاشي الاستعمال : الأسباب التي يتلاشى بها الاستغلال هي الأسباب التي يتلاشى بها الاستعمال .

**ثانيًا** : حق السكنى : وهو عين حق الاستعمال فقط مطبقًا على منزل للسكنى ، فجميع قواعد الاستعمال تطبق هنا فلا حق للساكن في التنازل ولا في إيجار حقه .

**ثالثًا** : الحكر : الحكر هو حق عيني للتمتع الناتج عن عقد إيجار لمدة طويلة من 18 إلى 99 سنة ، وتاريخه يرجع إلى القانون الروماني ، ومنه أخذ في القانون الفرنسي ، وقد ترتب أخيرًا بقانون 25 يونيو سنة 1912 بأحكامه الحالية التي أجازها [2] الحكر لمدة 99 سنة من 18 سنة ، وأنه حق عيني ترتب على

---

= وقال ربها : بل اكتريتها مني فالقول قول ربها . التاج والإكليل جـ 5 ص 271 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ 6 ص 204 .

(1) يقصد المؤلف بهذا الاصطلاح « عناية أب العائلة » الاصطلاح القانوني المشهور « عناية الرجل الحريص » .

(2) في الأصل : [ أجاز ] .

العقار فنتج عنه .

( 1 ) أن حق الاحتكار يمكن رهنه .

( 2 ) أن عقد الاحتكار يجب تسجيله .

( 3 ) أن أهلية البيع في بائع العقار يجب تحقيقها فيمن يمضي عقد الحكر .

## صفات عقد الحكر :

عقد الحكر يختلف عن عقد الإيجار العادى في المدة ، وقلة الأجر وواجبات المحتكر والحقوق الممنوحة للمحتكر ، فمدته من 18 إلى 99 سنة وقلة الأجر ملحوظة فيه . والمحتكر ملزم بعمل الأشغال الكبيرة والإصلاحات والتحسينات الملحوظة ، وبناء وإعادة ما بنى بدون الرجوع على مالك العين بأي تعويض عند نهاية مدته ، وللمحتكر الحق في الرهن والتنازل عن حقه بكل حرية [1] .

### بند [ 54 ]

**التشريع الإسلامي** : حق الاستعمال هو حق المنفعة للشخص الذي مُنح ذلك من المالك ، وليس هذا حق انتفاع فلا يجوز للشخص المستعمل إلا استيفاء المنفعة [2] هو بذاته [3] ، فليس له الإيجار ولا الهبة ولا الإعارة للشيء الذي له حق

---

(1) انظر : البنود من 625 إلى 636 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثالثة من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 140 ، 141 ، 142 .

(2) قاعدة : حق الاستعمال هو حق المنفعة للشخص الذي منح ذلك من المالك ولا يجوز للشخص المستعمل إلا استيفاء المنفعة هو بذاته .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 997 من القانون المدني المصري ومع المادة 1013 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ومع المادة 1263 من التقنين العراقي . والمادة 956 من التقنين الكويتي ، ومع المادة 1223 من التقنين الأردني .

والسند الشرعي لذلك هو الاعتبار الشخصي الملحوظ في تحويل حق الاستعمال أو حق السكني بمقتضى عقد أو وصية ؛ ولذلك فمن المسلم به في الفقه الإسلامي أنه لو أوصى لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى على أنه « لا يملك المستحقون للسكنى في الدار إيجارها ، ولا أحدهم إسكان غيره في نصيبه بعوض، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة لمحل يسكن فيه » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

الاستعمال عليه فقط ويتحقق هذا في [1] :

**أولًا** : الإعارة التي قيدها المعير بعدم جواز إعارتها ولا الانتفاع بها لغير المستعير بشرط صريح أو ضمني أو عرف أو عادة ، فالانتفاع خاص بشخص المستعير [2] حياته أو مدة الإعارة [3] .

**ثانيًا** : المنافع الموضوعة أصالة لوصف خاص كوقف على طلبة العلم للسكنى أو سبيل للشرب مثلًا ، أو على إمام أو مدرس ملحوظًا في ذلك ما دام بهذا الوصف ؛ فلا يجوز له استعمال غير المنفعة بذلك شخصيًا حتى ليس له أن يزيد عن العرف والعادة في الاستعمال ، فلا يجوز لساكن بيت الوقف إسكان غيره معه ، ولو كان لا يتناول منه أجرًا ، ولا يجوز استعمال ماء الشرب في سبيله في غسل ثياب أو شرب دواب إذا كان للإنسان مثلًا .

**ثالثًا** : العمرى : وهي تمليك منفعة شيء مملوك عقارا أو غيره إنسانًا أو غيره كفرس وبَعِيرٍ حياةَ المعطَى بغير عوض أو حياة المعطِي أو حياة أجنبي ، وهي كالهبة في الحوز والصحة والبطلان [4] .

ففي كل هذه الأحوال وما ماثلها حق الانتفاع مقيد بالشخص المنتفع فلا يورث

---

(1) ينقل الدردير الحكم بتحريم هذه الصورة بقوله : وأما ما يقع عندنا بمصر من أن للمستحق لوقف أو الناظر على مسجد ، ونحوه ببيع الوقف بدراهم كثيرة ويجعل المشتري على نفسه لجهة المستحقين أو المسجد حكرًا ، ثم يوقف ذلك الوقف على زوجته وعتقائه ، وإذا لم يوقفه باعه وورث عنه ما يسمونه خلوًا ، فهذا باطل بإجماع المسلمين ، وبعض من يدعي العلم يفتيهم بجوازه ويسند الجواز للمالكية ، وهي فتوى باطلة قطعًا ... الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 336 ، 337 .

(2) ساقطة من الأصل .

(3) جاء في التاج والإكليل أن : « من استعار دابة ، فلا يركبها غيره ، وإن كان مثله في الخفة ) التاج والإكليل ( 268/5 ) .

وجاء في الشرح الصغير : « الإعارة تمليك منفعة مؤقتة بزمن ، أو فعل ، نصا أو عرفا بلا عوض » الشرح الصغير ( 230/3 ) .

(4) جاء في الخرشي على مختصر خليل ( 111/7 ) تعريف العمرى بأنها : « هي تمليك منفعة حياة المعطَى بغير عوض » ، وهي في تعريف الدردير تمليك منفعة شيء مملوك عقارا أو غيره كفرس وبعيرٍ حياةَ المعطى بفتح الطاء ، والظرف متعلق بتمليك ، أي مدة حياة المعطى بغير عوض » ا . هـ . الشرح الصغير ( 348/3 ) .

عنه ولا يوهب ولا يؤجر [1] .

وهو حق عيني إن تعلق بالعقار وحق شخصي إن تعلق بمنقول . وقد يكون مدى الحياة كالعمرى أو الوقف إذا شرط في الوقف ذلك ، وهو مجزِّئ للملكية ؛ لأنه يأخذ المنفعة فتبقى العين المستعملة لمالكها ترد له أو لورثته بعد نهاية الاستعمال .

أما واجبات المستعمل فهي نفس واجبات المستعير . ولا يدفع المستعمل الضرائب إلا لشرط أو عرف .

ويتلاشى الاستعمال هنا كما يتلاشى في الإعارة ، ويزيد هنا وفاة المستعمل لأن المنفعة لا تورث فترد العين لمالكها إن كان حيًا أو لورثته إن مات . وحق السكنى هو كحق الاستعمال في الإعارة فلا يورث ولا يؤجر ولا يوهب .

الحكر : هو العين الموقوفة تؤجر لمدة طويلة بأجر زهيد غير مقيد بمدة ، وهو حق منفعة لا انتفاع فيورث ويؤجر ويوهب من المحكر ، وهو متعلق بمنفعة العين المحكورة مع بقاء العين ملكًا للوقف ، وهو من باب الإجارة وإنما يمتاز بطول المدة وقلة الأجر ، وهو لا يكون إلا للعقار ويشترط فيه أهلية المتعاقدين للالتزام .

ولا دخل لصاحب العين المحكورة سوى قبض أجر الحكر ، ومن حكم له به فعليه البناء والإصلاح ، إلخ وهو مالك لما يقيمه و ما يغرسه ؛ فإن انقضى الأجل سلم الأرض عارية مما له عليها ، بدون رجوع على المالك بأي شيء [2] .

## بند [ 55 ] حق الارتفاق العيني

**القانون الفرنسي** : نظرة عامة : حق الارتفاق هو تكليف مفروض على ملكية للاستعمال ، ولمنفعة ملكية مملوكة لشخص آخر ، ويسمى الملك المفروض عليه الخدمة ( ملك خادم ) ، والملك المفروض له الخدمة ( ملك سائد ) كحق النظر على الملكية المجاورة أو حق المرور على أرض الغير .

(1) قاعدة : حق الانتفاع مقيد بالشخص المنتفع فلا يورث عنه ولا يوهب ولا يؤجر فالمنفعة لا تورث ( طبقًا لمذهب الأحناف ) .

(2) عن الانتفاع بالعمرى مدى الحياة ورجوعها إلى صاحبها بعد وفاة المنتفع . قال مالك : من أعمر رجلًا حياته فمات المعمر رجعت إلى الذي أعمرها ، وقال مالك : الناس عند شروطهم . المدونة الكبرى جـ 4 ص 363 .

**قواعد الارتفاق العيني** : لوجود ارتفاق حقيقي بمعناه القانوني يجب وجود شرطين :

**أولًا** : يجب أن يكون حق الارتفاق مرتبًا لصالح عين مملوكة ، لا لصالح شخص . بمعنى أن حق الارتفاق يزيد في قيمة العين المرتب لها ، فحق الصيد برًا وبحرًا المرتب على عين مملوكة للغير ليس حق ارتفاق بل هو حق شخصي .

**ثانيًا** : يجب أن يكون الملك الخادم والملك السائد مملوكين لشخصين مختلفين ، فإن اجتمعا في ملك واحد زال حق الارتفاق .

وصفات حق الارتفاق القانونية هي :

1 - حق الارتفاق من الحقوق العينية .

2 - حق الارتفاق من الحقوق العقارية فهي مرتبة على عقار لصالح عقار فتنقل مع العقار الخادم ، ومع العقار السائد .

3 - حق الارتفاق من الحقوق العينية التابعة فهو يكوِّن جزءًا من العين التابع لها ضمن ملكية واحدة فهو جزء لا يتجزأ منها ، فلا يصح بيعه ولا حجزه ولا رهنه ولا نزع ملكيته منفردًا عن العين التابع لها بل يجب أن يتحمل كل تصرف صادر من صاحب العقار التابع له حق الارتفاق على ملكيته .

4 - حق الارتفاق من الحقوق المجزئة للملكية ؛ لأن الملكية السائدة تجني فوائد من الملكية الخادمة بأخذ الماء أو بحق المرور أو حق النظر مثلًا .

5 - حق الارتفاق من الحقوق المؤبدة ؛ فهو ينتقل مع العين التابع لها بلا نهاية . فلا يزول بموت مالك العين الخادمة أو المخدومة بخلاف حق الانتفاع والسكنى . ومع ذلك فيجوز تحديد مدة الارتفاق فيمحى في نهاية مدته كما يمحى بعدم الاستعمال مدة ثلاثين سنة .

6 - حق الارتفاق ليس مجزءًا ولا قابلًا للتجزئة . يعني لا يوجد حق ارتفاق دون حق استعماله ولا بعضٌ من حق الارتفاق من نوع واحد ؛ فهو موجود مستعمل وموجود أو لا موجود ، فلا يجوز لمالك جزء من عقار كثلث أو ربع ترتيب حق ارتفاق بدون قبول الآخرين الشركاء معه فيترتب على الكل . ولا يسقط الحق بمضي المدة بالنسبة لأحد الشركاء ما دام هناك مانع من ذلك ، كقصر

أحد الشركاء ، حتى ولو ترك أحد الشركاء استعمال حق الارتفاق ثلاثين سنة إذ يجب أن يكون السبب في السقوط عامًا وشاملًا لكل الشركاء (1) .

## بند [ 56 ] حقوق الارتفاق وهي الحقوق القسرية

**التشريع الإسلامي** : حق الارتفاق هو الحق المفروض على ملكية لمصلحة ملكية أخرى (2) من ري وصرف ومرور ونظر وماء عين ومطر ؛ فالحقوق المتعلقة بالأراضي إما لمصلحة العامة كالطريق أو لمصلحة البلدان والبحور ونحو ذلك كحريم البلد والبحر أو لمصلحة الآحاد كسقي الأعلى وتقدمه على غيره في سائل مطر مباح (3) .

والحقوق القسرية منها ما هو مبني على العرف كإعارة الأرض للغرس أو البناء من غير تعيين مدة مع حصولهما ، وما هو مبنى على النصوص الشرعية كحفر الخنادق ، وقسمة المال المشترك وفتح شباك يطلع على جاره وإحداث ميزاب يصب في أرض جاره ، وكحقوق التطرق والمرور بأرض الغير فلكل أحكام شرعية لا يصح تجاوزها (4) . ولتحقق حق الارتفاق يلزم أن يكون الحق لمصلحة عقار مباشرة

(1) انظر : البنود من 686 إلى 689 في الفصل الأول ، من الباب الثالث من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 153 ، 154 .

(2) جاء تعريف حقوق الارتفاق بما لا يخرج عن ذلك في الفقرة الأولى من المادة 1015 من القانون المدني المصري ، وهي تتفق مع المادة 1018 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1271 من التقنين العراقي ، والمادة 1271 من التقنين الأردني ، والمادة 958 من التقنين الكويتي . ويتفق تعريف حق الارتفاق على هذا النحو اتفاقًا تامًّا مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 37 من مرشد الحيران على ما يأتي : « الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 1015 مصري ، ومع المادة 1018 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعارض حكمها مع المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(4) قال ابن رشد : واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ، أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولا وآخرًا ولا يضرك ! فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . بداية المجتهد 315/2 .

كسقي أو صرف أو غير مباشر كحق المرور والتطرق بأرض الغير ليصل إلى ملكه ، وأن يكون المالك للأرضين مختلفًا ، وأن يكون الحق مرتبًا على أرض لا على شخص فإن تحقق ذلك وجدت حقوق الارتفاق بمعناها الحقيقي .

وعلى هذا فهي حقوق عينية عقارية تابعة للملكيتين متعلقة بالعين الخادمة والمخدومة تعلق الجزء بالكل ، فكل تصرف في العين المرتب عليها حق الارتفاق يحمل التصرف فيما ترتب عليها من حقوق للغير .

وحق الارتفاق جزء من ملكية العين ، وهو باق ما بقيت العين المرتب لها وعليها ، وليس حق الارتفاق مجزَّءًا ولا قابلًا للتجزئة ، فمن لهم حق التطرق في أرض الغير لأرض مشاعة بينهم واقتسموا الأرض التي لها حق التطرق فإن لهم الحق المذكور شائعًا بينهم كما كان قبل القسمة [1] .

## بند [ 57 ] القانون الفرنسي

### ترتيب حق الارتفاق

**أولًا** : بالنظر إلى العين السائدة ، قد يكون حق الارتفاق مرتبًا على مبنى في المدن أو القرى ، وقد يكون مرتبًا على أرض غير مبنية كذلك .

**ثانيًا** : بالنظر إلى شكل وجود الارتفاق ، يكون ظاهرًا أو غير ظاهر ، مستمرًا أو محدودًا ، سالبًا أو موجبًا فيكون ظاهرًا إذا أمكن رؤيته وكان مشاهدًا كحق النظر فهو منظور في شباك يطل على الجار ، وغير ظاهر إذا لم يظهر له أي أثر كحق منع البناء أو عدم رفع بناء يضر بالجار ، فتطبق قاعدة ( التصرف كأب العائلة ) على حق الارتفاق الظاهر دون غير الظاهر . ويكون مستمرًا وهو الذي لا يحتاج لعمل أحد لاستعماله ، بل المفروض استعماله بمجرد وجوده كحق النظر فهو موجود

---

(1) في الموطأ جـ 2 ص 121 باب القضاء في المياه . عن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهرور ، ومذينب ( واديان بالمدينة ) : « يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ » وعنه ﷺ قال : « لا يمنع نقع بئر » .

راجع تنوير الحوالك شرح الموطأ جـ 2 ص 121 ، 122 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 389 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 266 ص 267 .

بمجرد الفتحة التي تطل على المالك المجاور وكجر الماء من العين الخادمة ، ويكون غير مستمر إذا كان وجوده يحتاج لعمل كحق المرور أو نزح المياه من البئر أو الرعي ، ويكون حق الارتفاق مانعًا أو موجبًا حينما يجب على مالك العين الخادمة الامتناع عن فعل شيء معين .

**ثالثًا** : بالنظر إلى مأخذ حق الارتفاق ، يؤخذ حق الارتفاق من ثلاثة أشياء :

1 - حق الارتفاق الناتج من حالة الأمكنة الطبيعية .

2 - حق الارتفاق المرتب بنص القانون .

3 - حق الارتفاق المرتب بفعل الأشخاص .

ويلاحظ أن حقوق الارتفاق الناتجة من حالة الأمكنة الطبيعية هي محدودة بالقانون أيضًا كحق الارتفاق المرتب قانونًا ، إلا أنه رجع في تحديد الطبيعية إلى الطبيعة ورجع في القانونية إلى اختياره في التحديد لحق الملكية .

ويلاحظ كذلك أن النوعين الأولين ليسا من حقوق الارتفاق بالمعنى الخاص لهذه الكلمة ، ولكنهما استثناء من الحقوق العامة للملكية [1] .

## بند [ 58 ] ترتيب حق الارتفاق

**التشريع الإسلامي** : إن ترتيب حق الارتفاق على هذا الوجه ترتيب اصطلاحي نظامي لحقيقة الشيء ، ولكن لا دخل فيه للقواعد الفقهية والأحكام المستنبطة من قواعدها فلا مانع صناعةً من اتباع هذا الترتيب [2] .

(1) انظر : البنود من 687 إلى 689 في الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الرابع من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 153 ، 154 .

(2) يتفق الحكم بوجوب مراعاة شروط المتبرع مع ما جاء في المادة 1019 من القانون المدني المصري ومع ما جاء في المادة 1022 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 1275 من التقنين العراقي ، والمادة 959 من التقنين الكويتي ، المادة 1309 من التقنين الأردني ، وتتفق مع أحكام الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 19 من مرشد الحيران في باب حق الانتفاع على ما يأتي « يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات » ونصت المادة 45 من المجلة العدلية على أن « التعيين بالشرط كالتعيين بالنص » وهو مبني على قوله ﷺ : « المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

فقد يكون حق الارتفاق في القرى والمدن كما يكون في الحقول ، وقد يكون لزرع أو لسكن ظاهرًا ملموسًا أو مقدرًا كفتح كوة ( شباك ) على الجار ، وقد يكون مستمرًا وغير مستمر إلخ .

ويؤخذ حق الارتفاق من طبيعة الأشياء ومن ترتيب القانون ومن اتفاق الطرفين على وجوده ، وسيأتي الكلام على ذلك مفصلًا في موضعه ؛ لأن المقارنة بين القوانين اقتضت مني أن أضع أولًا النص الوضعي ثم أتبعه بما يقابله في التشريع الإسلامي ، على أني قد اتبعت نظمهم في ترتيب التأليف ليكون أوفى لمن لم يتذوقوا الترتيب الفقهي الإسلامي ، لأني وضعت هذا المؤلف لهم [1] .

## بند [ 59 ] حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة

**القانون الفرنسي :**

**أولًا** : في حق الارتفاق الطبيعي من الماء ، هذا الارتفاق يتكون من أن العين البعيدة ( السفلى ) تكون خاضعة إلى العين القربى ( الدنيا ) في أخذ المياه التي تسيل طبيعيًا بدون عمل لأحد في توزيعها ، المالك الأسفل لا يمكنه إقامة جسر أو سد لمنع سيلان هذا الماء ، كذلك المالك الأعلى لا يمكنه عمل أي شيء يمكن به مضاعفة هذا التكليف بالنسبة للملك الأسفل .

وقد زادت حقوق الارتفاق على الوجه الآتي بقانون 8 إبريل سنة 1898 كما يأتي :

يجب على المالك الأسفل قبول سيل الماء من الملكية العليا حتى المياه التي أسالها المالك الأعلى في ملكه كماء النبع أو ماء المطر ، لكن هذا أخرج حق الارتفاق من الطبيعي إلى الصناعي ، فكل مرة يصل الضرر من الملكية العليا إلى السفلى يجب تعويضها . ويخرج من تطبيق هذا القانون المساكن والحدائق والحيشان والبحيرات الصغيرة والزرائب إذا كان مرتبًا عليها حق الارتفاق .

**ثانيًا** : في ترتيب استعمال الماء : حق الملاك في استعمال الماء يختلف باختلاف

---

(1) راجع في ذلك تنوير الحوالك شرح الموطأ بالإمام السيوطي جـ 2 ص 121 ، 122 ، 123 ، وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك لابن عسكر ص 100 ، 101 .

طبيعة الماء كماء المطر أو ماء النبع أو الماء الجاري من الأنهر .

1 – ماء المطر ، المالك الذي ينزل ماء المطر في ملكه له الحق في استعمال هذا الماء ، وترتيبه كما يرى لأنه ملكه بالاحتلال .

2 – ماء النبع ، إن كان النبع صغيرًا فهو ملك لمن نبع في ملكه فيستعمله أو يردمه أو يبيعه للغير كما يرى ، ويمكن ترتيب حق الارتفاق على هذا النبع للملكية السفلى بعمل المالك نفسه كما أنه يتملك هذا الحق بمضي المدة بشرطين :

أ – أن يعمل مالك الأرض السفلى عملًا مستمرًا تامًا مخصصًا لاستعمال ماء هذا النبع مع تسهيل مروره في ملكه ، وهذا العمل يكون في أرض نبع الماء .

ب – أن يمر ثلاثون سنة من تاريخ هذا العمل .

واستعمال ماء هذا النبع بمعرفة المالك مقيد بعدم منع الأهالي من أخذ الماء المحتاجين إليه نظير تعويض له اتفاقيًا أو بحكم قضائي .

وإن كوّن النبع له مجرى وأصبح عامًا وجاريًا فحكمه حكم الماء الجاري الآتي بيانه ، يعني للمالك حق الاستعمال ولا يمكنه تحويل الماء عن مجراه إذا أضر بالآخرين الذين بعده ، وللمحاكم سلطة تقدير النبع وجعله من النوع الأول أو النوع الثاني .

3 – ماء جار ( الأنهر ) : الماء الجاري قسمان : ماء قابل للملاحة والسباحة ، وماء غير قابل لهما :

**فالأول** : يدخل في أملاك الدولة العامة ، وليس لملاك الشواطئ أي انتفاع بالماء .

**والثاني** : لملاك الشواطئ الحق في استعمال مائها . وحق استعمال مائها يدخل فيه سقي أرضهم التي على الشاطئين ، بل والتي ليست مجاورة للنهر ، ويجب الخضوع للأوامر الإدارية في استعمال وتركيب الالآت الرافعة للماء أو في وضع سد لحجز الماء .

ويجوز لمالك الشاطئ استعمال الماء في توليد الكهرباء متى ملك شخص واحد حافتي النهر ، أو متى اتفق المالكان المتقابلان على ذلك ، إلا أنه لا بد من الإذن الإداري حسب الأوامر المتعلقة بهذا .

**ثالثًا** : وضع سياج الميراث ، اعترف القانون بالحرية الكاملة لكل مالك في عمل سياج لملكه أو عدم عمله ، بخلاف القانون القديم فقد قيد هذه الحرية بحق الصيد

للسنيور ، وحق رعي الغنم في الحقول بعد ضم الزرع الذي يشترك فيه كل ساكن .

وحرية تسوير الملك ترتفع عند وجود حق الارتفاق بالمرور ، أو على الأقل يجب عليه احترام حق الارتفاق الذي للغير .

**رابعًا** : في الحدود بين جارين ، وهي عملية الغرض منها وضع حد فاصل بين حقلين متجاورين وتحقيقه بواسطة علامات داخلية تسمى حدودًا .

وقد عرف القانون حق التحديد لكل مالك مجاور لآخر ، فيجوز له جبر جاره على التحديد قانونًا . وليس هذا من قبيل حق الارتفاق ، ولكنه حق فرضه القانون . والتحديد محتاج إلى معرفة مساحة عقار الجارين ، وإلى وضع الحد الفاصل بين الملكيتين ، وقد يحصل بالاتفاق بين الجارين وإلا فبالقضاء . والمختص قاضي الصلح ما دام لا نزاع في الملكية ، ومصاريف ذلك على الجارين (1) .

## بند [ 60 ] حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة

**التشريع الإسلامي** : حق الارتفاق الطبيعي من الماء ، العين السفلى البعيدة عن مجرى الماء تأخذ ماء ريها من العين العليا القريبة من مجرى الماء أو تأخذ ماء ريها من المياه التي تسيل طبيعيًا بدون عمل لأحد في توزيعها .

وليس لمالك العين العليا إقامة حاجز أو سد لمنع سيلان الماء ( على النحو الآتي تفصيله ) .

أما ماء الري من نهر جار (2) فيؤخذ من الأرض المجاورة للماء إلى الأرض البعيدة عنه جبرًا من أقرب نقطة تصل منها هذه المياه (3) ، وكذلك ماء الصرف الذي

(1) انظر : البنود من 640 إلى 648 ، في الباب الأول من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 143 ، 144 .

(2) قال الحطاب : « من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن ، إن لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق ، وإن وجد فعلى اختلاف » . مواهب الجليل 16/6 .

(3) يتفق الحكم بحق الأرض البعيدة عن النهر في مائه مع ما جاءت به المادة 809 من القانون المدني المصري ومع ما جاء في المادة 83 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ومع المادة 1058 من التقنين العراقي ، والمواد 1298 – 1300 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 45 من مرشد الحيران على ما يأتي : « إذا كان لأحد مسقى جار بحق في أرض آخر ، فليس لرب الأرض أن يمنعه عن إجرائه في أرضه » . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة ) .

يسيل من الملكية العليا إلى الملكية السفلى ليصب في مصرف مياه الصرف العام مثلًا أو لأرض فضاء ، فإن كانت السفلى استعملت أولًا وأحياها ربها قبل الأرض العليا فقد ترتب حق الارتفاق من ريٍّ وطريق على العليا بلا مقابل لأن إحياء السفلي تم أولًا . فإن كانت العليا تم إحياؤها أولًا فلرب السفلى أخذ الماء والطريق من العليا لكن بدفع ثمنه [1] ، وأما ماء الصرف أو الماء الفائض من العليا فعلى رب السفلى إمراره متى كان لا دخل للعليا فيه ، ولا يفيده في إصلاح أرضه كمطر غزير تجمع في العليا أو نبع فيها كثر ماؤه فسال في السفلى . فإن كان رب العليا يريد تجديد قوة أرضه بغسلها من الملح الموجود فيها أو أخذ راسب الماء من طمي النيل وما يحمله الماء معه من مواد مخصبة لأرضه فإن الأرض السفلى تحمله لكن بثمن المرور كمصرف أو نشاع [2] مثلًا لأن مصلحة ذلك تعود على الأرض العليا . وفي هذه الحالة فرب الملكية العليا مسئول عن الضرر الذي ينتج للسفلى من كثرة

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 808 من القانون المدني المصري والمادة 812 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - من أنشأ مسقاة خاصة أو مصرفًا خاصًا وفقًا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها .

2 - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين للأرض المنشأة بها المسقاة أو المصرف أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منهما ، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منهما » . وتتفق هذه المادة مع المواد 1055 - 1057 من التقنين العراقي و 1292 - 1295 من التقنين الأردني . وتتفق أحكام هذه المواد مع أحكام الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 1267 من المجلة على ما يأتي : « الأنهار المملوكة يعني المياه الداخلة في المجاري المملوكة حق شربها لأصحابها ، وللعامة فيها حق الشفة فقط ، فلا يسوغ لأحد أن يسقى أراضيه من أنهر مخصوص بجماعة أو جدول أو قناة أو بئر بلا إذنهم ، لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته وله أيضًا أن يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات إن لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات وكذلك له أخذ الماء منها إلى جنينته وجاره بالجرة والبرميل » . انظر كذلك المواد 1262- 1266 والمادتين 1268 ، 1269 من المجلة . ونصت المادة 42 من مرشد الحيران على ما يأتي : « من أنشأ ترعة من ماله لسقي أرضه فله الانتفاع بما فيها كيف شاء ، وليس لغيره أن يسقى أرضه منها إلا بإذن المنشئ . وللغير أن يشرب منها ويسقي دابته » . وانظر كذلك المواد 37 - 41 والمواد 43 - 47 من مرشد الحيران . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة ) .

(2) النشع من الماء ما خبث طعمه . مادة نشع لسان العرب جـ 6 ص 4430 .

الماء أو تلف الزرع [1].

**ترتيب استعمال الماء :** الحق المترتب على استعمال الماء يختلف تبعًا لطبيعة الماء ووجوده .

**أولًا : ماء المطر** [2] : لا يخلو حال المطر إما أن ينزل بأرض مملوكة لمعينً أو ينزل بأرض مباحة لا ملك لأحد عليها ، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون المطر قليلًا لا يخرج من حيزه أو كثيرًا يخرج في بقاع أو أراض عليها زرع ولها منتفعون .

1 - إن نزل المطر بأرض مملوكة لمعين وكان قليلًا لا يخرج من حيزه فهو ملك لمالك العين التي نزل بها المطر ، فله منعه من الناس وله بيعه ، فإن خيف الهلاك أو المرض الخطر على من لم يستعمل الماء وجب بذله له بدون ثمن عند الحاجة ، وإلا بأن وجد الثمن فالأرجح أخذه .

ومثل هذا في الحكم الماء المتجمع صناعيًا من المطر بأرض مملوكة ، وماء البئر في جنة أو في بيت ، والماء في آنية لربها فله بيعه ومنع الناس منه إلا خوف الهلاك إلخ .

2 - إن نزل المطر بملك خاص وكان كثيرًا يخرج من بقاع وأراض عليها زرع ، ولها منتفعون فينتفع أولًا من نزل المطر بأرضه ثم يرسل الباقي لمن يليه . يعني يرسل ما زاد على انتفاعه العادي . وليس له منع جميع الماء لما فيه من الضرر على من زرع وانتفع ، وله طلب تعويض من المنتفعين إذا كان إحياؤهم بعده وإلا فلا .

3 - إن نزل المطر بأرض مباحة أي لا ملك لأحد عليها فيسقى القريب من الماء أولًا إن تقدم إحياؤه للكعب ثم يُرسل لمن يليه جميع الماء أو ما زاد ؟ خلاف . وهذا في القليل والكثير وإن اتفق جماعة على إجرائه بأرضهم قسم بينهم على حسب أعمالهم من حين ابتداء جريه وإلا أقرع بينهم [3] .

---

(1) روى مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجًا له من العريض فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبي محمد فقال له الضحاك ، أنت تمنعني وهو لك منفعة تسقي منه أولًا وآخرًا ولا يضرك ، فأبي محمد فكلم الضحاك عمر وأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال : لا ، فقال عمر : والله ليمرن ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به . بداية المجتهد جـ 2 ص 315 ، وراجع ص 266 ، 267 .

(2) انظر : مواهب الجليل 17/6 ، شرح عليش على هامش حاشية الدسوقي 74/4 .

(3) روى مالك في الموطأ عن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله ﷺ قال في سَيْلِ مَهْرورٍ وَمُذَيْنِب ( هماواديان بالمدينة ) يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل . تنوير الحوالك جـ 2 ص 217 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 315 .

**ثانيًا : ماء النبع** : يعني ماء البئر ، فإن كان البئر في ملك خاص فهو ملك لمالك الملك الخاص يتصرف فيه كما يشاء . ويرى المشرع الإسلامي أن لا يمنع الحطب والماء والنار والكلأ ( المرعى ) . وقيد ابن رشد (1) في البئر أو العين في أرضه بما لا ضرر فيه على المالك في الدخول للاستسقاء منها . وأما البئر التي في دار رجل أو حائطه التي قد حظر عليها ، فله أن يمنع من الدخول عليه (2) .

فإن كان لصاحب البئر جارٌ زَرَعَ على ماء بئره ، ثم هدم بئره ، وأخذ في إصلاحه وكان زرع هذا الجار قد خيف هلاكه ظنًّا ، وكان في ماء البئر فضل وجب بذل الماء له ، فيشترط لوجوب ذلك أربعة شروط :

1 - أن يكون في البئر الأولى التي لم تنهدم فضل ماء زائد على احتياج صاحبها .

2 - خوف هلاك زرع الجار ظنًّا من عدم الري .

3 - هدم بئر الجار التي زرع عليها فلو زرع أو غرس على غير ماء البئر فلا وجوب .

4 - أن يأخذ الجار في إصلاح بئره التي انهدمت وكان يمكن إصلاحها ، وإلا لم يجب عليه . فمتى تحققت هذه الشروط أجبر صاحب البئر على بذل ماء بئره . وهل يجبر بالثمن إن وجد ، أو يجبر مجانًا عند عدم الوجود ، أو حتى ولو وجد ؟ خلاف . ويمكن لمالك النبع ترتيب حق الارتفاق للغير على نبعه . ولو استعمله المنتفع بدون اتفاق من المالك مدة تكفي للحيازة الشرعية بلا معارضة من المالك مع حضوره وعلمه فقد ملك حق الانتفاع منه (3) .

---

(1) ابن رشد هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة . من أعيان المالكية ، وهو جد الفيلسوف بن رشد توفى سنة 450 هـ بقرطبه - من تصانيفه : البيان والتحصيل - المقدمات انظر : سير أعلام النبلاء 216/5 .

(2) راجع الموطأ كتاب الأقضية القضاء في المرفق ، والقضاء في الماء . روى الإمام مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ قال في سَيْلِ مَهْرورٍ ومُذَيْنِب : « يمسك حتى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » وقال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ » وقال : « لا يُمنع نقع لبئر » .

راجع تنوير الحوالك جـ 2 ص 122 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 315 .

(3) روي الإمام مالك في موطئه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » .

وعن عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع نقع بئر » .

تنوير الحوالك جـ 2 ص 218 ، إرشاد السالك ص 100 ، 101 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 315 .

ولمالك النبع حق منع الأهالي عنه عند عدم الحاجة إليه منهم وعدم الضرر له بسببهم ، فإن كانوا في حاجة إليه فله أخذ أجرة الماء بشرط عدم ضرره في ذلك .

كل هذا في بئر الحضر ،فإن كان في البادية – وهي بئر الصحراء للماشية – فيجب بذل فضل مائه هدرًا بلا ثمن ولو مع وجوده . ولا يجوز له بيعه ولا هبته ولا يورث عنه ، وهذا إن لم يبين الملكية عند حفره . فإن أشهد عند الحفر أنها له اختص بها لأنها إحياء الموات . فإن زاد ماء النبع حتى كوَّن له مجرى فحكمه كما يأتي في ثالثًا ( الماء الجاري ) ، أن للمالك حق الاستعمال وليس له منعه ولا تحويله عن مجراه الطبيعي [1] .

**ثالثًا : الماء الجاري** : ( كالنيل والأنهر الأخرى ) الماء المباح الذي لا ملك لأحد عليه كماء النيل أو دجلة والفرات أو كماء الأودية والجبال الذي تتوسط أملاكًا لمتعددين يقسم بينهم في الاستعمال إن لم يف الكل دفعة واحدة . والقسم بينهم بطريق الشط أو بطريق الطول من ناحيتي النهر فكل قسم له شرب معلوم . وتستوي الأنهار القابلة للملاحة والسباحة وعدم القابلة لهما ؛ لأنهما معًا من أملاك الدولة ، والماء ملك مشاع للجميع ما داما ليسا في ملك أحد . فإن مر النهير أو الجدول من ملك أحد فليس له إلا الانتفاع فقط ، وليس له منع الماء أو استعمال ما يمنع أو يعطل الانتفاع به .

وعلى من ملك الشط أو الشاطئين الخضوع لما أمر به أو يأمر ولي الأمر في ترتيب الانتفاع بالماء ، ويحرم استعمال الماء للري في غير دوره ؛ لأن نظم الانتفاع من الحق العام ؛ فلولي الأمر ترتيب عقاب على من يخالف نوبة الماء وزجره عند التعدي على حقوق الآخرين .

وأما وضع سياج الميراث فهو حق للورثة المالكين إن شاءوا وضعوه وإن شاءوا لم

---

(1) من له ماء وانهدمت بئر زرعه ففضل عن سقي زرعه فضلة من الماء وله جار له زرع أنشأه على أصل ماء وانهدمت بئر زرعه ، وخيف على زرعه الهلاك من العطش ، وشرع في إصلاح بئره فإنه يجبر على إعطاء الفضل لجاره بالثمن إن وُجد معه على ما رجحه ابن يونس . والمعتمد وهو مذهب المدونة أنه يجبر على دفعه له مجانًا ولو وُجِدَ معه الثمن . انظر : حاشية الدسوقي 72/4 .

وقال ابن عسكر : فإن حفر في ملكه بئرًا ، فله منع مائها وبيعه إلا بئر الزرع فعليه بذل فضلها لجاره الزارع . إرشاد السالك ص 100 .

يضعوه ، ويجبر الممتنع من تحمل ما أنفق في سبيل ذلك حسب الرؤوس . ولا يجوز التعدي على حق الارتفاق المرتب على العين بأي نوع من منع استيفائه ، أو تقليل استغلاله ؛ لأنه حق للغير ، ويجب احترام حقوق الغير والمحافظة عليها .

وأما الحدود بين الجارين فتتحقق بعلامات فاصلة كأحجار أو حديد تدق في الحد الفاصل لتمييز كلتا الملكيتين ، أو بعمل مصرف فاصل أو بمجرى ماء كذلك ، ويملك كل جار نصفه . وقد شدد المشرع الإسلامي في تحديد العقار حتى إنه في ذكر حدوده في الدعوى عند النزاع أو في البيع أو الهبة أو الرهن إلخ اشترط ذكر ما يعرف به من مقاس طولًا وعرضًا ونهاية حدوده الأرض بجيرانه وفاصل الجيرة إلخ .

فإذا كان الحد موجودًا فعلًا بين الجارين وجبت المحافظة عليه منهما (1) . وإن لم يكن موجودًا وكان بينهما حسن جوار ورضيا بذلك فبها ، وإن طلب أحدهما التحديد وجب على الجار الثاني إجابته لذلك بما يقتضيه العرف والعادة . وإن لم يجبه أجبر شرعًا على ذلك ؛ فإن فعل فبها وإلا عمل وألزم بما يخصه من نفقات وألزم بدفعها لجاره حسب رءوسهم . ويدخل في النفقات أجرة قاسم وقيَّاسٍ وكاتب ومقوم إلخ .

## بند [ 61 ] حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون

**القانون الفرنسي** : حقوق الارتفاق المرتبة قانونًا إما أن يكون أساسها المصلحة العامة كالطرق ، والشوارع ، والخدمة العسكرية ، وإما أن تكون مرتبة لصالح الملاك الخاص وذلك :

**أولًا : في الحاجز المشترك** ، وهو الملكية المشتركة في حاجز مستعمل في الفصل بين ملكيتين متجاورتين مع عدم الانقسام الجبري . والحائط المشترك يكون حاجزًا

---

(1) يتفق إيجاب ذلك مع ما جاء في المادة 813 من القانون المدني المصري ، ومع ما جاء في المادة 817 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

« لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما » .

ويتفق ذلك مع كل من المادة 813 من التقنين الكويتي ، والمادة 1060 من التقنين العراقي . والسند الشرعي لها أنها من الأعمال التنظيمية التي تهدف إلى المحافظة على مصالح الجيران والحيلولة دون قيام نزاع بينهم .

( انظر : المذكرة الاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

مشتركًا متى أقيم بنفقة المالكين المتجاورين . ويفرض القانون أنها حاجز مشترك متى استعملت بين سكنين حاجزًا أو بين حوش وبستان ، ولكن متى ظهر أنها مملوكة لأحد الجارين بأدلة أو علامات في البناء فهي له ، ولكن للجار المقابل الحق في تملك نصف هذا الحائط بقوة القانون ، وعليه نصف ما تكلف ونصف ثمن أساسها . وحق المالكين في الحائط الفاصل مقيد بما يأتي :

1 – أن قاعدة عدم إبقاء شيء لا ينقسم في ملكية غير واحد بدون إرادتهما لا تنطبق هنا ؛ بل تبقى الحائط غير منقسمة ما دامت حاجزًا بالرغم من رادة أحدهما القسمة .

2 – أن حق عدم استعمال الشيء المشترك إلا بإذن ورضاء جميع الشركاء لا يطبق هنا ؛ فلكل واحد منهما استعمال هذا الحائط بدون رضا الجار بشرط عدم المساس بحقوق جاره . وليس لأحدهما إدخال شيء من الحائط أو الاستناد عليها فيما يضر بها بدون إذن جاره .

3 – كل شريك يمكنه تعلية الحائط المشترك ، وعليه تقع النفقات وحده ، وإذا كانت ضعيفة من أصلها فعلى مريد تعليتها بناء أساسها على نفقته .

وعلى الجارين تعهد الحائط وإصلاحها وإعادتها متى هدمت على نفقتهما بالاشتراك .

في الحواجز الأخرى المشتركة : كل حاجز يفصل بين ملكيتين يكون مشتركًا ، ما دامت الملكيتان مقفلتين أو مسوَّرتين ، أو أنهما معًا غير مقفلتين كسياج أو قناة أو درابزين حديد إلخ ، فيفرض القانون الشركة في كل ذلك إلا إذا ثبت بأدلة أو ظهرت قرائن ، فيعمل بها وتكون لصاحبها ، وحينئذ فليس للشريك الآخر جبره على تملك النصف ، فلا يكون ذلك إلا في الحائط فقط . وإذا كان الحاجز أشجارًا شركة فلكل منهما نصف الثمر أو الشجر ولهما إزالتها .

**ثانيًا – في الحاجز الجبري** : والواجب المفروض بالتقابل قانونًا : يفرض القانون على الملاك المتجاورين وجوب تحديد أراضيهم في المدن والضواحي مع إعطاء كل واحد منهم حق إلزام الآخر في المشاركة في بناء أو ترميم الحاجز الفاصل بين بيوتهم وحيشانهم ومساكنهم ، وهذا واجب قانوني حتمه القانون لاحق ارتفاق .

هذا الواجب يكون في المدن والضواحي فقط . فإن لم يكن في أي قسم إداري أوامر تقتضي ذلك فللمحاكم تقدير ذلك . وإن هذا النظام لا يقضي بإلزام من أقام

حاجزًا في ملكه ، وعلى مصاريفه بإعطاء نصفه إلى جاره مع أخذ نصف تكاليفه [1] .

## بند [ 62 ] حقوق الارتفاق المترتبة شرعًا

**التشريع الإسلامي** : سبق أن قلنا إن الحقوق المتعلقة بالأراضي إما أن تكون للمصلحة العامة كطريق عام أو لمصلحة البلدان والبحور ، أو نحو ذلك كحريم البلد والبحر ، وإما أن تكون لمصلحة الفرد كسقي الأعلى ، وتقدمه على غيره إذا سال مطر بمباح .

**الحاجز المشترك بين ملكيتين** : لا يخلو حال الجارين مما يأتي :

**أولًا** : أن يتفقا على إقامة حاجز مشترك بينهما مناصفة أيًّا كان نوع الحاجز من بناء أو شجر أو خشب أو حديد ، فلا نزاع في أن كل واحد منهما يملك نصفه متى اتفقا على ذلك ، ودفع كل منهما نصيبه في النفقات ، وكان على الحد الفاصل مناصفة في مكانه ، فإن اتفقا على أن لواحد منهما الثلث وللآخر الثلثان ، أو لأحدهما الربع وللآخر الثلاثة أرباع صح ذلك وجاز فلهما كل حرية فيما يتفقان عليه ولا دخل للقانون ولا للتشريع فيما لا يضر المصلحة العامة ، ولا يخالف كتابًا ولا سنة ولا إجماعًا .

**ثانيًا** : ادعى كل منهما ملكية حاجز موجود بالفعل فينظر إلى طبيعة الشيء بعد العجز عن البينة ، فمن وجدت أوجه اللَّبن والآجر ( الطوب النبئ والطوب الأحمر ) نحو ملكيته والطاقات ومعاقد القمط [2] كذلك فهي له [3] ، فإن قدم أحدهما بينة وصحت شهادته أو حجة مكتوبة صحيحة عُمل بها وحكم له ، أو قدم كلاهما بينه وتعادلتا ولا مرجح أو لم يقدم أحد منهما شيء نظر للعلامات المذكورة بمعرفة أهل الفن . وإلا بأن لم تكن بينة أصلًا ، أو كانت دون مرجح فالحاجز مشترك بين الجارين ؛ لأن الأصل عند الجهل الاشتراك .

---

(1) انظر : البنود من 653 إلى 673 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 146 : 150 .

(2) القمط : ما تشد به الأخصاص وقُمُطُهُ شُرُطُهُ التي يوثق بها ويشد بها من ليف كانت أو من خوص ، فقضى به للذي تليه المعاقد دون من لا تليه معاقد القمط ومعاقد القمط أوجه التقوية التي تكون في الجدار . لسان العرب مادة قمط 3739 .

(3) جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة 1200/2 أنه : إذا تنازعا حائطًا بينهما حكم به لمن يشهد له العرف بأن يكون قد فعل فيه ما يفعل الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالبًا فيه من الرباط ومعاقد القمط ووجوه الآجر واللبن وما أشبه ذلك .

فإن ثبت أن الحاجز ملك لأحد الجارين فليس لجاره عليه من حق في تملك نصف هذا الحاجز إلا برضاه [1] لأن هذا من قبيل إخراج ملك المالك بدون مبرر شرعي . فإن شاء المالك أشركه ، وإن شاء منع [2] ، على أنه ليس لمالك الجدار الساتر لجاره هدمه ضررًا ، وإلا ألزم بإعادة بنائه . فإن هدمه صاحبه لإصلاح أو انهدم الجدار من نفسه ، فلا يلزم المالك برده ثانية . ويقال للجار المنكشف : استر على نفسك إن شئت في ملكك .

ومتى ثبتت الشركة بينهما في الحائط الحاجز بينهما فليس لأحدهما وضع جذع أو خشبة فيه أو استعمال في غير ما أقيم له بغير إذن شريكه [3] . وليس لأحدهما

---

(1) يتفق إيجاب الاستناد للرضا ، لا الجبر ، في هذا مع ما جاء في المادة 858 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « ليس للجار أن يجبر جاره على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط ... » . ومن ثم فإنه بمقتضى ذلك لا يجوز للجار أن يجبر جاره على قبوله شريكًا في الحائط الفاصل إلا في حالة ما إذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلي ، ويصبح الحائط كله مشتركًا ، كما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على قبوله شريكًا في الأرض التي عليها الحائط الفاصل أو فيما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك واضطر أن يزيد في سمك الحائط وأن يأخذ جزءًا من أرض جاره لهذه الزيادة ، فيكون عليه أن يدفع لهذا الجار ثمن ما أخذه من أرضه . ويتفق هذا مع المادة 1092 من التقنين العراقي ، والمادة 1279 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي : انظر المادة 69 من مرشد الحيران التي تقدم ذكرها .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(2) عمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه . بداية المجتهد 251/2 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 814 من القانون المدني المصري ومع المادة 855 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 – لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته .

2 – فإذا احتاج الحائط إلى إصلاح ، أو لم يعد صالحًا للغرض الذي أعد له ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه .

ويتفق ذلك مع كل من المادة 1087 من التقنين العراقي . المادة 1278 من التقنين الأردني . وتتفق أحكامها مع أحكام الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 70 من مرشد الحيران على ما يأتي : « إذا كان الحائط مشتركا بين اثنين فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية أو زيادة في البناء عليه بدون إذن الآخر ، سواء كان تصرفه مضرًا بالآخر أم لا » . ونصت المادة 71 من المرشد على ما يأتي : « لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشابًا بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يتجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد في =

طلب القسمة فيه متى أضرت القسمة بجاره ، وإلا فإن اتفقا على قسمته أو هدمه جاز كأي شيء مملوك لشريكين فأكثر مثلًا . ويجوز تعلية هذا الحائط من أحد الشريكين بإذن شريكه (1) ، وعلى الباني حصة ما أنفق فقط . فإن لم يأذن الشريك فلا يجوز البناء عليه ككل مشترك . فإن هدمت الحائط المشتركة أو احتاجت لإصلاح وجب على الشريكين ذلك ، ويجبر من أبى على ذلك .

وأما الحواجز الأخرى : فكل حاجز يفصل بين ملكيتين يجوز أن يكون مشتركًا ويجوز أن يكون لواحد إما بطريق الاتفاق ، أو بطريق القضاء ؛ فيفرض القانون الشركة عند عدم الأدلة أو عند تعادلها ، وعدم وجود مرجح أو عند عدم الاهتداء بعلامات فنية . فإن ثبت لأحد الجارين فليس للآخر جبره على الشركة فيه كما سبق بيانه . وإن كان الحاجز أشجارًا وملكًا لهما فعلى قدر الملكية تكون المنفعة فإن كان على النصف فلكل واحد النصف في الشجر والثمر وما ينتج إلخ .

وأما الحاجز في المدن والضواحي فليس بواجب أصالة إلا إذا أوجبه الحاكم ، لأنه للمصلحة العامة لوجود التشاحن والادعاءات بالحق والباطل وجور الجيران ، وتظالمهم . ويجبر الجار على بناء وترميم الحاجز الفاصل المشترك في هذه الحالة .

---

= أخشابه بدون إذن الآخر ، كما أنه لا يجوز لأحدهما أن يحول محل أخشابه التي على الحائط يمينًا أو شمالًا من أسفل إلى أعلى ، ولو من أعلى إلى أسفل جاز ... » . وفي هذا المعنى أيضا جاءت المادتان 1210 ، 1211 من المجلة . كذلك نصت المادة 1318 من المجلة على أنه : « إذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف من سقوطه وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك » وفي هذا المعنى أيضا المادة 754 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

(1) يتفق ذلك مع جاء في المادة 815 من القانون المدني المصري والمادة 856 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وفيها أنه إذا لم يكن الحائط المشترك صالحًا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركًا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض » .

ويتفق ذلك مع بعض ما جاء في المادة 1089 من التقنين العراقي والمادة 1277 من التقنين الأردني .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

على أن من أقام حاجزًا في ملكه وعلى نفقته فليس ملزمًا بمشاركة جاره فيه فهو حر التصرف في ملكه [1] .

## بند [ 63 ] القانون الفرنسي

### حالة ملك منزل واحد لعدة أشخاص لكل واحد دور خاص :

متى وجد منزل لعدة شركاء كل واحد يملك سكنًا فيه فهم جميعًا شركاء ، ولو أن كل واحد يملك سكنه خاصة فقط وهم شركاء غير منفصلين في الأجزاء العامة للمنزل كأرضه وحوائطه الكبيرة وسقفه الأعلى .

### حق الملاك :

كل واحد من الملاك له الحق في استعمال سكنه والاستمتاع به والتصرف فيه ، فيحدث أي تغيير فيه أو نظام بشرط عدم الإضرار بالشركاء الآخرين . وله الحق في استعمال الشيء العام للمنزل ، إذا سقط المنزل من قدمه . فلكل واحد طلب حقه في بيع الأنقاض والأرض ، كذلك إذا نزعت ملكيته للمنفعة العامة فلكل واحد حق التعويض عن سكنه .

### واجب الشركاء :

عليهم النفقة العامة حسب ملكيتهم وإصلاح الحائط الكبير والسطح ودفع الضرائب إلخ ، وعلى كل واحد نفقة وإصلاح سكنه خاصة ، ومالك أول سكن يقيم السلم ليصل لدوره فقط ، والثاني لسكنه هكذا .

### وجوب ترك مسافة للمزروعات :

المالك الذي يريد زراعة شجر أو شجيرات في ملكه يجب عليه ترك مسافة بجوار ملك جاره . فإن وجد عرف أو تعليمات إدارية وجب اتباعها . وإلا فيجب ترك مسافة مترين إذا كان طول الشجر يزيد عن مترين ، وإذا كان طولها أقل وجب ترك مسافة 50 سنتيمترا .

---

(1) راجع تفاصيل ذلك في تنوير الحوالك جـ 2 ص 121 ص 122 ، إرشاد السالك ص 100 ، 101 ، بداية المجتهد لابن رشد جـ 2 ص 315 .

فإن خالف المالك ولم يترك ذلك حق لجاره إكراهه قانونًا على قلع هذه الأشجار أو قلمها حتى تصل لما يريد . فإن طالت فروع الشجر أو أصولها من ملكه ودخلت ملكية الجار وجب عليه قطعها . وللجار إكراهه قانونًا على ذلك ، فإن سقطت ثمرة هذه الفروع في أرض الجار حق له أخذها .

## حق الارتفاق المخصص لتسهيل الري أو إصلاح الأراضي :

يوجد ثلاثة أنواع في حق الارتفاق المخصص لذلك :

( 1 ) مجرى ماء . ( 2 ) استناد . ( 3 ) صرف .

1 – **مجرى الماء للري** : يجوز لكل مالك يريد سقي أرضه من ماء طبيعي أو صناعي أن يمرر قناة مائه في الملكية الفاصلة بين حقله والماء ، بشرط دفع تعويض مقدم وعادل لمالك الملكية الفاصلة ، وتعفى من هذا الارتفاق [1] المنازل والجنائن والحيشان .

2 – **سد الماء للري** : يجوز لمالك شط النهر أن يقيم سدًّا حاجزًا للماء ليرتفع فيروي أرضه بشرط تعويض المالك المقابل له على النهر مقدمًا وكافيًا .

3 – **الصرف للأرض الضعيفة** : يجوز لمالك الأرض الضعيفة المراد إصلاحها وتنقيتها من الأملاح إنشاء مصارف فيها تمر من ملك الغير لتصب في مجرى الماء أو في بحيرة أو غيرها لصرف الماء المستعمل في إحياء هذه الأرض . وعليه تعويض لكل من مر المصرف في ملكه يدفع مقدمًا وعادلًا ، ولا تدخل المساكن وما يتبعها في ذلك الارتفاق [2] .

## بند [ 64 ] التشريع الإسلامي

### في حالة ملك عدة أشخاص لمنزل واحد لا يخلو الحال :

1 – إن كانوا غير ساكنين فيه فتعميره على الجميع كل حسب نصيبه حسب اتفاق الملاك فإن امتنع أحد الشركاء من التعمير أجبر على ذلك على نفقته فيما يخصه .

---

(1) في الأصل : [ الارتفاق هذا ] .

(2) انظر : البنود من 664 إلى 673 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 148 ، 149 ، 150 .

2 – إن كانوا ساكنين فيه اتفاقًا ، وكان حصة الجميع مشاعة كالربع لكل واحد فهم شركاء في أرضه وبنائه الموجد لكيانه من حوائطه الكبيرة وسقفه جميعًا . فإن كان بينهم اتفاق على التعمير عمل به ، وإلا فتكون الجدران الكبيرة والصغيرة على جميع الملاك فكل يدفع مصاريف النفقة على حسب ( الحصة التي يملكها ) [1] . فهم جميعًا شركاء . ولو أن كل واحد يملك سكنه خاصة فقط ، وهم غير منفصلين في الأجزاء العامة للمنزل ، فلكل واحد الحق في استعمال سكنه والاستمتاع به وتغيير نظامه بشرط عدم الإضرار بشركائه . وله الحق في استعمال الشيء العام للمنزل من محتطب وطرح زبالة وماء ميزاب ومرور إلخ ، فإن سقط أو نزعت ملكيته فهم فيه شركاء حسب أنصبتهم فيه ، وأموال الحكومة على الجميع كل حسب نصيبه .

3 – إن كانوا ساكنين فيه لكن كل له سكن ملك كمن اشترى هواء فوق منزل دورًا واحدًا فأقام سكنه فوق الدور الأول وسكنه ، ثم جاء ثان واشترى الهواء فوق الدور الثاني وبنى سكنه دورًا ثالثًا ، فأصبح البيت مشتركًا بين ثلاثة أشخاص لكن كل له ملكية خاصة بحدود معلومة مميزة عن الأخرى ، فلكل واحد التصرف في دوره كما يشاء من بيع وهبة ورهن إلخ [2] .

وعلى كل واحد تعهُّد دوره وعمارته منفردًا بلا تدخل الآخرين بشرط عدم الإضرار بالشركاء .

فإن اختل الدور الأسفل واحتاج لعمارة لمنع سقوطه وجب على مالكه أن يعمر ما وهن [3] أو يبيع لمن يعمر دفعًا لضرر الأعلى . وعلى ذي السفل التعليق للأعلى

---

(1) جاءت المادة 861 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه تكون « حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا في الدار ، وتقدر قيمة هذا الجزء على أساس مساحته وموقعه وقت إنشاء الدار » . وإيجاب التعمير على الشركاء بنسبة حصصهم هو ما قررته الفقرة الثانية من المادة 855 من المشروع السابق الذكر .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(2) وجاز بيع هواء فوق هواء ، وأولى فوق بناء ، كان يقول المشتري لصاحب أرض : بعني عشره أذرع من الهواء فوق ما تبينه بأرضك . الشرح الصغير ( 3/7 ) .

(3) علو الدار التي بين اثنين مملوك سقفه لصاحب الدار لأن عليه إصلاحه ، ورم شعثه ، وبناءه إن انهدم .

حتى يفرغ من إصلاحه ، وقيل : التعليق على رب العلو ، فلو سقط الأعلى فهدم الأسفل أجبر رب الأسفل على البناء أو البيع لمن يبني ليتمكن الأعلى من البناء ، وهكذا حتى يأخذ كل ذي حق حقه .

ولا ضمان على صاحب الأعلى الذي هدم الأسفل بسقوطه ، إلا بشرط الإنذار عند الحاكم ، ومضي مدة يتمكن فيها من الإصلاح . وكذا إن وَهَى الأسفل وخيف بانهدامه انهدام الأعلى فإن الأسفل الذي هُدم الأعلى بانهدامه لا يضمن الأعلى إلا إذا أنذره عند الحاكم ، ومضت مدة يمكن فيها من الإصلاح .

وعلى الأسفل السقف الساتر ، وعلى الثاني عمل السلم إلى ملكه وعلى الثالث عمل السلم من الثاني إلى الثالث ملكه ، ويتبع العرف من إصلاح بئر ومرحاض ومرافق المنزل ، وإلا فعلى الجميع بقدر الجماجم ، وعوائد الحكومة كل حسب نصيبه (1) .

## شركة الرحى والطاحون والبئر :

إذا عمر أحد الشركاء الرحى أو الطاحون مثلًا ، وأبى شريكاه من تعميرها معه قبل حكم حاكم عليهما بالبيع أو التعمير ، فالغلة بعد التعمير للشركاء جميعًا بعد أن يستوفي المعمر من الغلة ما أنفق على عمارتها ، فإن أذنا في العمارة أو عمَّر وهما ساكتان فيرجع المعمِّر عليهما بما أنفق في الذمة لا في غلة الرحى أو الطاحون .

وهذا الحكم يسري في كل ما لا ينقسم وملاكه كثيرون ( أي فيه شركاء ) كحمام وفرن وحانوت وبرج وطاحون (2) .

---

(1) تقدمت الإشارة إلى ما جاء في المادة 855 من توزيع نفقة الإصلاح والتعمير للحوائط المشتركة على الشركاء بنسبة حصصهم ، كما تقدمت الإشارة إلى الأسس الفقهية لذلك ، وما أوجبته المادة 70 ، 754 من مرشد الحيران . ذكر ابن عسكر في إرشاد السالك : يندب إلى إعانة الجار بإعارة مغرز خشبته أو طرحها من جداره ، فإن أطلق لم يكن له نقلها إلا لإصلاح جداره ، ولا يلزمه إعادتها بخلاف تعيين مدة ، وعليه أن يأذن له في الدخول لإصلاح جداره من جهته ، وله فتح روزنة لمصلحة حيث لا يطلع منه على جاره ، وإذا تداعيا جدارًا ولا بينة فهو لمن إليه وجوه الآجر والطاقات ، فإن استويا فهو مشترك ، فلا يتصرف فيه إلا بإذن الشريك ، فمن هدمه لغير ضرورة لزمه إعادته . فإن انهدم ، فإن أمكن قسمة عرصته وإلا أجبر على البناء معه ، فإن أبى وبنى أحدهما فله منع الآخر من الانتفاع ليؤدي ما ينوبه ، والسقف تابع للسُّفل وعليه إصلاحها لينتفع الأعلى ... إلخ . إرشاد السالك ص 101 ، وراجع الموطأ باب القضاء في المرفق .

(2) الشرح الصغير 192/3 ، 194 .

فإن ترافع الشركاء أو أحدهم وطلب من القاضي أمرهم أو أمر الممتنع بالتعمير معه ، فيقضى على الآبي بالتعمير على حقه أو البيع لمن يعمر .

وأما العين أو البئر ، فمن امتنع عن تعمير عين أو بئر فيقال للشريك : عمر ولك جميع الماء مالم يدفع لك ما يخصه من النفقة . فإن لم يدفع فالماء للمعمر ، ولو زاد على ما أنفق ، وقيل : له من الماء قدر ما أنفق .

## وجوب ترك مسافة للمزروعات :

### الشجر على أنواع وحكمه مختلف :

1 - شجر يراد لظله وخشبه : وهو شجر يعمِّر كثيرًا فتمتد أغصانه فيستظل به الناس ، وتمتد جذوعه الأرضية لمسافات بعيدة والأرض التي يعمها ظله أو تنفذ إليها جذوره لا تصلح فيها زراعة ؛ لأنه يحجب الشمس والهواء عن سطح الأرض ويأكل نخاع الأرض فلا يترك غيره يعيش إلا هزيلًا لا يرجى منه نفع ، وذلك كشجر الجميز واللبخ والتوت والصرو والكافور إلخ ، فإذا زرع جار مثل هذا الشجر في حدود ملكيته بينه وبين جاره فللجار الحق في رفعه للحاكم ؛ فيقضي بالإزالة مادام الضرر محققًا منها في الفروع أو الجذور . فإن كانت قديمة وامتدت جذوعها أو فروعها في ملك الجار قضى بقطع الفروع أو الجذور من ملك الغير ( الجار ) متى حصل الضرر ، فإن كانت الشجرة نفسها قديمة فلا يقضى بقلعها . والضرر كما يكون لأرض الجار المعدة (1) للزراعة كذلك يكون لبستانه أو لبيته أو لملكه أيًا كان .

2 - شجر يراد لثماره : أما شجر الثمر كالموالج والتين والجوافة إلخ فمثل هذه الأشجار لا تعمر كثيرًا فيجب عند زرعها في الحدود أو قريبًا من أرض الجار ترك ما لا يمكن لمثل هذا الشجر أن يتعداه من الأرض أو الظل فإن لم يراع هذا وتسبب عنه أذى للجار أمر القاضي بقلعه متى تحقق له الضرر ، فإن سقطت ثمار هذه الأفرع المتعدية إلى الجار في ملك الجار فليس له أكلها إلا بإذن صاحبها .

**حق الارتفاق المخصص للري أو إصلاح الأرض** : يجوز لكل مالك يريد سقى أرضه من ماء طبيعي أو صناعي أن يمر بقناة ماء في الملكية الفاصلة بين حقله والماء ،

---

(1) في الأصل : [ المعدة ] .

فإن كان الحقل الفاصل وُجد وعُمر أولًا ( يعني كانت ملكيته سابقة على الحقل البعيد عن الماء ) فيجب على من يريد الماء أن يعوض صاحب الأرض المتوسطة بينه وبين الماء عن قيمة مجرى الماء [1] ، وإن كان الحقل البعيد عن الماء وجد وعمِّر أولا ومر الماء قبل تعمير المتوسط وملكيته لمالكه فهو حق ارتفاق يبقى على حالة الأرض كما وجدها الثاني ، بلا تعويض ؛ لأن المفروض أن البعيد أحيا أرضه ، وخط لها قناة ماء أو صرف قبل أن تعمر الثانية فقد ملكها .

ولا يعفي من حق الارتفاق هذا في الماء الجنات ولا المنازل ولا الحيشان ؛ لأن الحاجة الطبيعية لما يعيش به الإنسان والزرع وهو قوام حياته يجب أن تراعى ، وتمنح على حساب الجار بما لا يضره مع دفع التعويض ، وفي هذا عدل وأي عدل .

وأما إقامة السد للري برفع الماء للشط ليعم أرضًا مرتفعة فهو جائز بشرط عدم الضرر بالغير . فإن أمكن توصيل الماء للأرض المرتفعة بنحو آلة كساقية مثلًا أو منطال ، وكان سد الماء يمنع الغير من الانتفاع ولو قليلًا حرم ذلك ومنع . فإن فعل وأضر تحمل الفاعل ضرره . والجاري عليه العمل بأرض مصر أن كل مجرى ماء ينتفع منه كثيرون مقسم إلى مناطق ، وفي نهاية كل منطقة سد بقنطرة تقفل ، فلا ينزل من مائها شيء للخلف فإذا جاء دور منطقة مثلا .

( 1 ) قفلت جميع الفِتَح ما عدا فتح ومراوي حرف :

( أ ) وهكذا في حرف . ( ب ) إلخ .

وأما الصرف لإحياء الأرض الضعيفة ، فيجوز لذي أرض سبخة أو ضعيفة تقويتها وغسلها بالماء أو زيادة خصبها بغمرها بالماء مدة ثم صرف مائها الكدر المالح في

---

(1) يتفق الحكم بإيجاب التعويض عن قيمة مجرى الماء مع ما جاء في المادة 813 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها : يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عام ، بشرط أن يعوض عن ذلك مقدمًا » ، وتتفق هذه المادة مع كل من المادة 1058 من التقنين العراقي والمادتان 1298 – 1300 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 45 من مرشد الحيران على ما يأتي : « إذا كان لأحد مسقي جار بحق في أرض آخر ، فليس لرب الأرض أن يمنعه عن إجرائه في أرضه » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة ) .

مصرف يمر من أرض الجار إلى مصرف عام أو أرض فضاء ، وعلى صاحب هذه الأرض الضعيفة تعويض من مر مصرفه من أرضه إذا لم يكن مصرفًا عامًّا (1) .

وتدخل المساكن والحيشان والبساتين ؛ لأنه لا فرق بينها وبين غيرها في حق الارتفاق (2) .

## بند [ 65 ] النظر والنور المترتبان على ملكية الجار

**القانون الفرنسي** : الفرق بين حق النظر وحق النور أن النور يكون بفتح كوة في حائط لحجرة لإدخال النور في الحجرة ، وأما حق النظر فهو التمتع برؤية المناظر واستقبال الهواء من ملكية الغير . فالنور أقل مضايقة من حق النظر للغير ( الجار ) .

فلا يجوز لأحد الجارين إحداث كوة للنظر ولا للضوء في الحائط المشترك الحاجز بينهما بدون إذن الآخر . ويجوز لمالك حائط في ملكه على الحد الفاصل بين جاره أن يحدث كوة للنور فيها بشرط أن يوضع بالكوة شباكٌ بعصي حديد وبه زجاج أعمى لا يمكن رؤية ما بعده ، ولا يمكن فتحه ، وأن تكون الفتحة تحت السقف بـ 26 ديسيمترًا .

أما فتح كوة أو شباك أو بلكونة في حائط ليست شركة فإن كان النظر فيها للأمام من غير انحناء يمينًا أو شمالًا أو أعلى أو أسفل ، فلا يجوز فتحها على ملك الغير إلا إذا كان بين الحائط المراد الفتح فيها وبين الملكية المجاورة بعدًا 19 ديسيمترًا ، وإذا كان النظر فيها معوجًا بحيث يحتاج إلى انحناء أو ارتفاع فلا يجوز فتحها إلا إذا كان البعد 6 ديسيمترًا .

---

(1) قال ابن عسكر من أحيا مواتا غير مملوكة فهي له فإن عاد بائرًا فلغيره إحياؤه ، ويقف ما قارب العمارة على إذن الإمام . والإحياء بشق الأنهار ، واستخراج العيون والآبار والغرس ، والتحجير ونحو ذلك . إرشاد السالك ص 110 .

(2) لعل حادثة الضحاك بن قيس ، ومحمد بن مسلمة مما يوضح دليل الحكم بذلك ، حيث ساق الضحاك خليجًا له من العريض فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى ، فقال الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة ... ثم كلم فيه عمر بن الخطاب فأبى فقال عمر والله ليمرن ولو على بطنك ، وكذلك حديث عمر بن يحيى المازني عن أبيه قال كان في حائط جدي ربع لعبد الرحمن بن عوف فأراد أن يحوله إلى ناحية الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بتحويله .

بداية المجتهد جـ 2 ص 315 ، تنوير الحوالك جـ 2 ص 121 .

## سابعًا : بلاعة السطوح :

كل مالك يجب عليه ترتيب ماء السطوح المتساقط من المطر في مواسير تصل إلى الشارع العام أو في مجرى في الأرض ، وهو ممنوع من تركه يمر على ملكية جاره .

## ثامنًا : حق المرور :

يجوز لأي مالك أن يطلب من مالكٍ آخرَ جارٍ له ممرًّا يخترق ملكه ليوصله إلى الطريق العام في الحالتين :

1 - حينما تكون ملكيته محاطة بملك الغير ليس لها أي منفذ .

2 - حينما يكون للملكية منفذ واحد لا يكفي لاستغلالها زراعيًّا أو صناعيًّا .

وحق طلب الممر لا يسقط بمضي الزمن . ويجب أن يكون الممر في الجهة القريبة من الملكية المطلوب لها والقريب من الطريق العام ، وفي المكان الأقل خسارة على الأرض الممرور فيها .

وإذا كانت الإحاطة بالملكية المطلوب لها الممر نتجت عن بيع أو قسمة أو مبادلة أو أي عقد فالممر يجب أن يكون في الأرض التي كانت موضع هذا التعاقد إلا إذا كان ممر واحد لا يكفي ، فتطبق القاعدة الأولى ويطلب الممر من الأرض المجاورة .

ومكان حق الارتفاق هو مكان المرور الذي يستعمل . وطريقة استعمال هذا الحق تكون بالمرور بالقدم أو بالماشية أو بالعربات حسب الاتفاق الودي أو قرار المحكمة .

ويمكن أن ينتج هذا الحق بمضي ثلاثين سنة مستعملًا بدون انقطاع .

حق الارتفاق بالمرور : يجب أن يعوض مالك الأرض التي يمر فيها بنسبة ما أصاب هذه الأرض من الضرر . وفي حالة عدم الاتفاق على التعويض تفصل فيه محكمة دائرة الأطيان ، ويسقط حق التعويض بمضي ثلاثين سنة تبدأ من تاريخ استعمال الطريق كحق ارتفاق قانوني [1] .

---

(1) انظر : البنود من 675 إلى 685 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 151 : 153 .

## بند [ 66 ] النظر والنور

**التشريع الإسلامي** : الحائط المشترك بين جارين لا يجوز لأحدهما فتح طاقة فيه بغير إذن الجار الآخر . فإن خالف الجار ، وفتح كوة يقضَى عليه بسدها ؛ لأن حق استعمال الشيء المشترك يتوقف على الإجازة من ملاكه .

وأما الحائط المجاور لأرض الغير فيجوز لصاحبها فتح طيقان عالية بحيث يحتاج كشف الجار منها إلى صعود على سلم ونحوه [1] . فإن كانت غير عالية لا يصعد إليها على سلم وكان يتراءى منها الوجوه لا الزرع ولا الحيوان ، ولم يمض على فتحها عشر سنين قُضي بسدها وإزالة كل أثر لها من عتبة وسقف وعمالات ؛ فمتى كانت الطاقة عالية ، وكان لا يتراءى منها الوجوه ولم تمض عشر سنين جاز فتحها في ملكه المجاور لأرض الغير . فإن تراءى منها الحريم ، وما في معناه قضي بسدها ولو في ملك صاحبها [2] .

والشرع الإسلامي - خصوصًا الإمام مالك - لا يرى مانعًا من الاحتياط ، وهو أمر فاتح الكوة في ملكه أن يعميها بأن يضع فيها زجاجًا ثابتًا أعمى لا يمكن رؤية ما بعدها ، ولا يمكن فتحه . وليأمن الجار من ناحية هذه الكوة يجب وضع حديد فيها بحيث لا يمر منها أحد ، وإن هذا ونحوه من باب سد الذرائع [3] .

---

(1) يتفق ذلك مع منصوص المادة 821 من القانون المدني المصري ونصها : « لا تشترط أي مسافة لفتح المناور ، وهي التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتاد . ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور . ويتفق حكم هذه المادة مع ما جاء في المادة 821 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومع ما يقرره الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 1203 من المجلة العدلية على ما يأتي : « إذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان ، فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أنه يضع سلمًا وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار » . ونصت المادة 62 من مرشد الحيران على ما يأتي : « ... فإن كان الشباك المحدث مرتفعا فوق قامة الإنسان ، فليس للجار سده » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(2) قال ابن عسكر : يندب إعانة الجار باعارة مغرز خشبه أو طرحها في جداره ، وله فتح روزنة لمصلحة حيث لا يطلع منه على جاره ، ثم قال : وله تعلية جداره بشرط الامتناع في الاطلاع . إرشاد السالك ص 101 المعونة 1199/2 المدونة 378/4 تنوير الحوالك 122/2 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 819 من القانون المدني المصري ، والمادة 819 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ويتفق ذلك مع ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 62 =

وليست مسألة حفظ حق الجوار منحصرة في فتح شباك أو عدم فتحه ، وإنما ذلك مَثَلٌ مما يجب من حسن الجيرة ؛ فقد نص السادة المالكية وغيرهم بأنه يقضى بإزالة ما ضر الجار من دخان كحمام وفرن أُحْدثت وحانوت لدق البن أو للطبخ أو الحدادة أو لبياض النحاس ، وبإزالة رائحة كريهة كدباغ ومذبح ومسمط ومرحاض وبئر ورحى وإصطبل أحدثت بجنب جدار الغير ، وثبت منها الضرر بالفعل .

بل ويقضى بهدم بناء في طريق يمر فيه الناس ، ولو لم يضر لعدم أحقيته في ذلك . وقُضي بقفل حانوت أُحدث قُبالة باب ، ولو بسكة نفذت .

واختلف مجتهدو المذهب فيما يمنع النور والشمس وريح الجرن فهل يقضى بمنعه أولا يقضى بذلك ؟ والأولى ترك الأمر لتقدير القاضي فإن رأى أن ما يمنع ذلك خفيف لا ضرر فيه على الصحة أو غيرها أجاز ، وإن رأى أن في ذلك ضررًا يجب دفعه عن الجار منع ذلك .

ولا يجوز منع الجار من تطاوله ببنائه على جاره إنما يمنع من الضرر كالتطلع على جاره بالإشراف من العلو الذي بناه ، ولا يمنع فرن قرب فرن ولا حمام قرب حمام ولا طاحون قرب طاحون ؛ لأن التزاحم في مثل هذا للمصلحة العامة ، وإن كان فيه ضرر للقديم . ولكن تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ولا يمنع باب حدث قُبالة باب آخر في سكة ولو كانت مسدودة .

وأما بلاعة السطوح أو ماء الميزاب : فإما أن يصب في ملك صاحب الدار أو في أرض الفيافي ( داير الناحية ) أو حريم البلد أو في الشوارع العامة بجوار جدار صاحبه ، ولا يضر بجاره وفي هذه الأحوال ليس لأحد منعه من ذلك ، فإن كان يصب في ملك الجار أو بجوار جدار الجار ، أو بجوار جدار صاحبه في الشوارع العامة ، ولكنه مضر بالجار فإنه يُقْضَى بمنعه من ذلك ، وهذا عند عدم تنظيم المدن

---

= من مرشد الحيران على ما يأتي « رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا . فلا يسع إحداث شباك أو بناء يجعل فيه شباكا للنظر مطلا على محل نساء ساتر ، فإن كان الشباك المحدث مرتفعًا فوق قامة الإنسان فليس للجار طلب سده » . وفي هذا المعنى أيضا المادتان 1202 ، 1203 من المجلة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 324 ) .

أو القرى . فإن كانت لها أوامر تنظيم بأن كان بها مجاري وجب على صاحب المنزل اتباعها ، يعني العمل على إسالة الماء في هذه المجاري [1] .

**حق المرور** : للمالك الذي لا طريق توصله لملكه طلب طريق لذلك ، على أن يدفع ثمنها لصاحب الملكية التي يمر منها ، على أن تكون في مكان أقل ضررًا ، وأقل بعدًا عن الطريق العمومي ؛ لأنها ضرورة تقدر بقدرها فقط .

وحق المرور تكتسب ملكيته بالحيازة الشرعية عشر سنين ، مع حضور صاحب الأرض وسكوته بلا مانع شرعي وهي ككل الملكيات .

ومن لهم حق تطرق بإجارة أو إرفاق في أرض الغير لأرض مشاعة بينهم ، واقتسموا الأرض التي لها حق التطرق ، فإن لهم الحق المذكور شائعًا بينهم كما كان قبل القسمة ( وهو حق التطرق ) .

وحق السقي والصرف والتطرق لا ينقطع ببيع الأرض التي عليها حق الارتفاق المذكور ولا التي لها الحق [2] .

## بند [ 67 ] حق الارتفاق المرتب من أشخاص

**القانون الفرنسي** : حقوق الارتفاق المرتبة من الإنسان هي التي لم تنتج لا من الحالة الطبيعية للأمكنة ، ولا من ترتيب القانون ، ولكن من عمل مالك عقار مخدوم وعقار خادم ، وقد قيد القانون منح حق الارتفاق المذكور بقيدين :

**الأول** : ممنوع ترتيب حق ارتفاق مخالف للقانون العام ، وهي قاعدة عامة لكل اتفاق .

**الثاني** : حق الارتفاق لا يمنح إلى شخص ولا لمصلحة شخص ، ولكنه يمنح للملكية على ملكية .

---

(1) قال الخرشي 68/7 : « حريم الدار المحفوظة بالموات ما يرتفق به أهلها من مكان يطرح فيه ترابها ويسيل فيه ماء حياز بها . والدار المحفوفة بالأملاك ليس لها حريم خاص بها ، فلكل واحد من السكان أن ينتفع بالحريم الذي بإزاء داره مالم يضر بجيرانه » .

(2) نص فقهاء المالكية على أن لذي جدارين على جانبي الطريق اتخاذ ساباطٍ وإشراع أجنحة لا تضر بالمارة ، ولا يجوز أخذ شيء من السايلة والناس مشتركون فيها في الاستطراق . إرشاد السالك ص 101 ، تنوير الحوالك جـ2 ص 122 باب القضاء في المرفق .

ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة أبحاث :

( 1 ) كيف يترتب حق الارتفاق .

( 2 ) الحقوق الناتجة من ترتيب حق الارتفاق .

( 3 ) كيف يتلاشى حق الارتفاق .

**أولًا** : كيف يترتب حق الارتفاق بحجة قانونية وبمضي الزمن وبتخصيص أب العائلة .

( 1 ) بالحجة : الحجة التي ترتب حق الارتفاق هي كل عمل قانوني تكون نتيجته تحقيق حق الارتفاق كبيع وهبة ووصية .

وتترتب جميع أنواع حق الارتفاق بالحجة القانونية فهي أشمل سبب لذلك . ولصحة ترتيب حق الارتفاق يجب أن يكون مرتب هذا الحق مالكًا للعقار المرتب عليه الحق وقت الترتيب . ومع ذلك فالمالك بشرط موقف له ترتيب هذا الحق تبعًا لحقه في الملكية بشرطه . والشريك له ذلك على أن يكون نصيبه الذي يخرج له في القسمة هو المتحمل لحق الارتفاق والمنتفع مدة انتفاعه له وينتهي بنهاية استغلاله . ويجب في مرتب الحق أن يكون أهلًا للبيع ؛ لأن حق الارتفاق بعض من ملكية العقار ؛ فليس للمرأة المتزوجة بنظام المهر أن ترتب حق ارتفاق على عقار المهر ولو بإذن زوجها .

**تسجيل العقود المرتبة لحق الارتفاق** : وبما أن ترتيب حق الارتفاق على عقار ينقص قيمته ، ويتعين معرفة ذلك سواء لصاحب الحق قِبَلَ الآخرين أو لمن يريد مشترى العقار أو الراهن أو الدائن أو غير ذلك ؛ لذلك وجب أن تكون عقود ترتيب حق الارتفاق علنية ، وعلنيتها تأتي من تسجيلها . فيجب تسجيل كل عمل قانوني يرتب حق ارتفاق . وكل حكم يثبت حق الارتفاق باتفاق شفوي ، ودليل ترتيب حق الارتفاق يكون طبيعيًا كبقية الادعاءات القضائية .

( **ب** ) **بمضي الزمن** : لم تكن كل العوائد متفقة على حق الارتفاق بمضي المدة ، فوضع القانون المدني قبول مضي المدة من أسباب ترتيب حق الارتفاق بشرط أن يكون مستمرًا وظاهرًا .

فحق الارتفاق الظاهر والمستمر يتملك بمضي المدة بشرط أن يكون وضع اليد

مستكملًا لشروط التملك في الملكية خصوصًا نقص الإرادة أو التوقيت ، وإلا لما أنتج مضي المدة تملك حق الارتفاق . ويشترط مرور ثلاثين سنة فقط على وضع اليد لا حسن نية ، ولا حجة قانونية ، فإذا كان وضع اليد ليس مستمرًا ، وليس ظاهرًا فلا يفيد في تملك حق الارتفاق بمضي المدة .

( جـ ) بتخصيص أب العائلة ( يعني المالك ) ، ويتحقق هذا التخصيص بملكية شخص واحد لعقارين متجاورين أوجد بينهما ما يحقق حق ارتفاق أحد العقارين على الآخر ، فما دام المالك لهما واحدًا فلا ارتفاق لانعدام شرط تعدد المالك . ومتى باع أحد العقارين بماله وما عليه ، والمشتري لم يشترط ما يمنع هذا الارتفاق ، أصبح هذا الحق ثابتًا ، وكأن المشترى رضي به ضمنًا فلا حق له في منعه بعد ذلك .

**وأسس هذا الحق المكونة له شيئان :**

1 – يجب أن يكون العقاران المتفرقان الآن قد كانا في ملك شخص واحد .

2 – يجب أن يكون مالك العقارين هو الذي أوجد هذه الحالة التي نتج عنها حق الارتفاق .

**الحقوق التي تنتج عن ترتيب حق الارتفاق :** لمالك العين صاحبة حق الارتفاق كامل الحق في استعمال حقه حسب العادة بشرط عدم زيادته ولا الإضرار بالعين المرتب عليها هذا الحق ، وعلى مالك العين المرتب عليها حق الارتفاق ترك صاحب الحق يستعمله بدون وضع عراقيل في طريقه .

**دعاوى صاحب الارتفاق**

له حق رفع ثلاث دعاوى :

( 1 ) دعوى اعتراف بحقه في الارتفاق ضد من أنكره عليه .

( 2 ) دعوى وضع اليد ترفع على معارض صاحب حق الارتفاق على العين الخادمة .

( 3 ) دعوى نفي حق الارتفاق ترفع من مالك عقار على مدعي حق الارتفاق لإثبات أن عقاره ليس عليه أي حق للغير وهو حر من كل قيد [1] .

---

(1) انظر : البنود من 686 إلى 702 ، في الباب الثالث من الكتاب الرابع من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 153 : 157 .

## بند [ 68 ]

**التشريع الإسلامي** : حق الارتفاق المرتب من الأشخاص هو ما صدر بمحض اختيار صاحب الملكية الخادمة ، وصاحب الملكية المخدومة .

وقد اصطلح الفقهاء على تسمية استعمال عقار لمصلحة عقار آخر ( حق ارتفاق ) ، ويجب فيه ككل اتفاق ألا يكون مخالفًا للنظام العام ، ولا لقواعد التشريع الإسلامي . وأما العقد الذي يرتب خدمة شخص لآخر أو لعقار مثلًا فهذا عقد خدمة إيجار أو مزارعة ، وليس ( حق ارتفاق ) .

ويصح أن يترتب حق الارتفاق بتعاقد صحيح بين الطرفين ، وبمضي الزمن ، وبتخصيص المالك نفسه المسمى ( أب العائلة ) .

**أولًا** : الاتفاق بتعاقد صحيح يفيد ملكية حق الارتفاق بأي عقد يفيد التملك كبيع وهبة وإعارة إلخ ، وقد يكون الاتفاق مؤقتًا بمدة معينة ، ومدى الحياة ومؤبدًا كما إذا كان في وقف مثلًا . وتمليك حق الارتفاق تمليك لمنفعة على عقار ، ومن يملك تمليك المنفعة يملك تمليك الذات غالبًا ، فيجب أن تتحقق شروط صحة العقود العامة في الطرفين : البلوغ والرشد والملك لحق الارتفاق محل العقد ، وإن كان يصح من الفضولي ، ولكنه موقوف على إجازة المالك . وترتيب حق الارتفاق من المالك بشرط يسري عليه شرط البائع المقيد للبيع على خلاف سبق إيضاحه في الملكية بشرط ملغ [1] .

وترتيب حق الارتفاق من شريك لم تتميز حصته باطل للغرر ، لجواز أن يقع حق الارتفاق في غير حصته عند القسمة؛ ولأنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في العين المشتركة بدون إذن شريكه ، وأما إلزامه بحق الارتفاق بعد القسمة متى وقع في نصيبه فهذا ابتداء اتفاق لا عملًا بالاتفاق السابق ؛ لأن العمل الباطل لا ينقلب

---

(1) ذكر ابن عسكر في إرشاد السالك كتاب الإحياء فصل الارتفاق : ويندب إعانة الجار بإعارة مغرز خشبة أو طرحها من جداره ، فإن أطلق لم يكن له نقلها إلا لإصلاح جداره ، ولا يلزمه تعين المدة . اهـ .

أما الإجارة ففي التاج والإكليل أنها : بيع منافع معلومة بعوض معلوم ، وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام .

إرشاد السالك ص 100 ، التاج والإكليل للمواق جـ 5 ص 389 ، تنوير الحوالك شرح الموطأ جـ 2 ص 122 .

صحيحًا ، فإن قبله مرتبه بعد القسمة على نصيبه فهو إعطاء حق ارتفاق جديد .

ومن له حق الانتفاع له الحق في ترتيب حق الارتفاق فيما يدخل في حدود انتفاعه ، لا ما كان خارجًا عنها فمن له حق الانتفاع ببستان يصح له سقي زرع جاره من بئر هذا البستان ، لكن ليس له ترتيب حق المرور ولا حق فتح باب أو شباك في نفس هذا البستان في حائط مشترك مثلًا ، وما رتبه في حق الارتفاق فيما هو في حدوده مقيد بزمن انتفاعه فقط ، ولا يتعدى ذلك إلى إلزام المالك بشيء .

لكن لو تصرف من له حق الانتفاع بترتيب حق ارتفاق فيما ليس داخلًا في حدود ارتفاقه ورآه المالك ، وسكت مع قدرته على التقاضي والمحافظة على حقوقه بلا عذر ، ومضت مدة الحيازة الشرعية فقد أصبح هذا الحق لزامًا لمالك الأرض الخادمة ؛ لأن العقار ، والحقوق المترتبة عليه من حقوق ارتفاق يتملك بمدة الحيازة الشرعية كما سبق بيانه في بابه .

ويجوز للمرأة المتزوجة ترتيب حق الارتفاق على أملاكها ، وقبول حق الارتفاق لأملاكها بلا إذن أحد ، ولا زوجها ما دامت بالغة رشيدة لا حجر لأحد عليها .

وبما أن ترتيب حق الارتفاق يثقل حق الملكية المرتب عليها الحق ويقلل منفعتها ، وبما أن كثرة تشابك الناس في المصالح يقضي بالحيطة في معاملتهم ، وإدخال الطمائنينة عليهم فيما يتعاقدون ، وبما أن الغش والخديعة قد كثرا إلى حد أن ولي الأمر قد أوجب تسجيل العقار على كل مشتر أو راهن أو ذي حق مرتب على عقار مثلًا لهذا وإن كان حق الارتفاق يثبت بالبينة الشرعية فإنه يجب تسجيله .

**ثانيًا** : بمضي الزمن : إن العقار وما يتبعه من حقوق يصح تملكه بمضي الحيازة الشرعية ، بمعنى أن من حاز أرضًا واستعملها كمالكها استعمالًا ظاهرًا أمام أعين الناس ، وكان مدعي ملكية هذه الأرض حاضرًا بالبلد عالمًا بوضع اليد والتصرف في الحائز ، وكان متمكنًا من رفع الأمر للحاكم بلا عذر شرعي ، ومضى على ذلك عشر سنين إذا كان أجنبيًا من واضع اليد ثم جاء يرفع الأمر للحاكم بعد مضي الحيازة طالبًا الحكم له بملكية هذه الأرض فلا تقبل له دعوى ولا بينة ، وليس معنى هذا أنه تملك حقيقة بينه وبين ربه . كلا ، فإن كان يعلم حقيقة دعوى

خصمه ، وأنه على حق ، وجب عليه رد الأرض لصاحبها ، ولو بعد الحكم [1] . لأن الحكم لا يحل حرامًا ، ولا يحرم حلالًا [2] .

فلو فتح شخص شباكًا على ملك الآخر في حائط مشترك مثلًا أو غير مشترك ، ومضى على فتحها عشر سنين ، أو فتح دكانًا قبالة باب في سكة - ولو مسدودة - ومضى عشر سنين ، فقد أصبح حق فتح الشباك على ملك الغير ، وفتح الدكان قبالة بابه حقًّا مكتسبًا من حقوق الارتفاق المكتسبة بمضي مدة الحيازة الشرعية [3] .

وجميع شروط الحيازة الشرعية وقيودها تسري هنا بلا فارق ؛ لأن العقار والحقوق المترتبة عليه سواء في الحيازة الشرعية . ومعلوم مما سبق في الحيازة الشرعية أن عدم الاستمرار في وضع اليد واستعمال حق الارتفاق وأن حق الارتفاق غير الظاهر لأعين الناس ، وأن وضع اليد اغتصابًا إلخ لا يفيد ملكية حق الارتفاق [4] .

---

(1) قاعدة : حكم القاضي لا يحل حرامًا ، ولا يحرم حلالًا .

(2) الرهوني : لا يعرف نص خلاف في المذهب المالكي في أن من اشترى مواتًا أو اختطه لا يزول ملكه عنها بتركه إياه حتى يعود لحالته الأولى . حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 97 ، وانظر إرشاد السالك ص 101 والاستذكار لابن عبد البر جـ 22 ص 210 وما بعدها .

(3) قال الدردير : إن حاز أجنبي غير شريك في الشيء المحوز عقارًا ، والحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه ، والتصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة ، ثم ادعى على الحائز ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته . الشرح الصغير الدردير جـ 4 ص 68 .

(4) يتفق النظر إلى اكتساب حق الارتفاق بالحيازة المشروعة وعدم اكتسابها بأوجه التعدي مع ما جاء في المادة 1016 من القانون المدني المصري والمادة 1019 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونص المادة 1016 من المدني المصري :

1 - حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث .

2 - ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة .

أما المادة 1019 من المشروع فجاء نصها : يكتسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني أو بمقتضى الحيازة عند عدم سماع الدعوى . ومن الواضح أن أسباب كسب حق الارتفاق هي أسباب كسب الملكية ابتداء وليس انتقالًا من مالك سابق ، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الأسباب مع طبيعة حق الارتفاق ، وبذلك يخرج من هذه الأسباب الاستيلاء والالتصاق ، لأنهما لا يتفقان مع طبيعة حق الارتفاق ، كما تخرج الشفعة والميراث لأنهما سببان لكسب الملكية انتقالًا ، فلا يصح أن ينتقل بهما حق الارتفاق مستقلًا بذاته ، بل ينتقل مع العقار المرتفق باعتباره حقا تابعًا له ، ويبقى بعد ذلك التصرف القانوني أي العقد والوصية ، والحيازة عند عدم سماع الدعوى . وينبغي الالتفات إلى التفريق بين معنى الظهور في الارتفاق ومعناه في الحيازة . فالارتفاق =

**ثالثًا** : تخصيص المالك الواحد : يتحقق هذا في ملك شخص حقيقي أو معنوي لمساحات كبيرة من العقار معرضة للبيع قطعًا وأجزاء بعد إصلاحها ، وترتيب حق ري أو صرف أو مرور أو مسقط نور أو ملقف هواء مثلًا بين أجزائها ، فإذا باع قطعة أرض أو منزل لشخص آخر ، ولم ينص على إلغاء هذه الحقوق أو اشترط المشترى حفظ هذه الحقوق ثابتة ( حق ارتفاق ) للعين المبيعة [1] فإن باع القطعة التي تليها وهكذا بقيت هذه الحقوق ثابتة لا يعارضها أحد .

= الظاهر هو الذي تدل عليه علامة خارجية . أما الحيازة الظاهرة فهي التي يباشر الحائز فيها الأعمال المادية للحيازة على نحو تكون فيه ظاهرة للجمهور . ومن ثم قد يكون الارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك تصح حيازته حيازة ظاهرة ؛ فحق الارتفاق بالمرور قد يكون غير ظاهر ، وذلك إذا لم يكن الطريق مخططا ، ولم تكن هناك علامة خارجية أخرى تدل عليه ، ومع ذلك تكون حيازته ظاهرة غير مشوبة بعيب الخفاء إذا كان الحائز يمر علنا على نحو ظاهر للجمهور ، وحق اغتراف المياه ارتفاق غير ظاهر ، ومع ذلك يمكن أن ترد عليه حيازة غير خفية إذا كان الحائز يغترف المياه بشكل ظاهر وعلني . كذلك لا يكفي لتبرير اشتراط الظهور في حق الارتفاق أن يقال إن هذا الحق يقتضي ظهورا أوضح ، لما فيه من دقة ولما قد ينطوي عليه من خفاء . إذ إن ممارسة الأعمال المادية للحيازة بشكل ظاهر وعلني تكفى لمواجهة ما قد ينطوي عليه الارتفاق من خفاء . ويتفق ذلك مع ما تضمنته المادة 1272 من التقنين العراقي . والمادة 1272 من التقنين الأردني .

وتتفق أحكام المادة مع أحكام الفقه الإسلامي : فقد نصت المادة 216 من المجلة العدلية على ما يأتي : « يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعا للأرض والماء تبعا لقنواته » ونصت المادة 1224 من هذه المجلة على أنه : « يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل ، يعني ترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لأن الشيء القديم يبقى على حاله على حكم مادة 6 ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه . أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له ، يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له وإن كان قديما ، ويزال إذا كان فيه ضرر فاحش ( راجع مادة 27 ) مثلًا إذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة ، فإن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه . ونصت المادة 47 من مرشد الحيران على ما يأتي : « حق الشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ، ولا يباع إلا تبعا للأرض كحق المسيل ، ولا يوهب ولا يؤجر » ونصت المادة 48 من المرشد على أن : « القديم يبقى على قدمه في حق المرور والمجرى والمسيل ، ما لم يكن غير مشروع من أصله ، فإن كان كذلك فلا اعتبار له ، ويزال إن كان فيه ضرر بين . فإن كان للدار مسيل قذر في الطريق العام وكان مضرا بالعامة يرفع ضرره ولو كان قديمًا ولا يعتبر قدمه . ونصت المادة 51 على أنه : « من كان له مجرى أو سياق ماء جار بحق قديم في مالك شخص آخر ، فليس لصاحبه منعه » ونصت المادة 52 على أنه :

« إذا كان لدار مسيل مطل على دار الجار من القديم ، فليس للجار منعه » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة من المشروع ) .

(1) في الأصل : [ المباعة ] .

والجاري عليه العمل الآن في القطر المصري أن تأتي شركات الاستغلال المساهمة ( كشركة مساهمة البحيرة ، وشركة الاتحاد العقاري مثلًا ) فتشتري أطيانًا بورًا غير مصلحة فتشق فيها مصارف وجداول لماء الري ( ترع ) ثم تصلحها بتسوية العالي في الأسفل ، ثم تملؤها ماء عدة مرات ، ثم تحرثها وتعيد عليها الماء فتغسلها من الأملاح ويترك ماء النيل فيها رواسبه فتحيا ، وتزرعها ثم تبيعها قطعًا فدانًا أو خمسًا أو عشرًا حسب إرادة المشتري ، وتشترط في عقد البيع طرق الري والصرف القائمة وقت البيع بلا تغيير ، فإذا جاء مشتر آخر ، واشترى بجوار المشتَرَي الأول على هذا الوجه ، فهو قابل ما اشترطته لنفسها ثم لمن سبقه بالمشتَرَي . غير أن الشركة تشترط في عقد البيع أن لها الحق إذا احتاجت أن تأخذ مروى أو مصرفًا من الأرض المبيعة (1) بالثمن الذي باعت به ، ويقبل ذلك الشرط المشتري . والذي أراه أن هذا الشرط مناف للملكية المطلقة لجواز امتناع المشترى من إعطاء الشركة مروى أو مصرفًا فلها جبره قانونًا بشرطه الذي باعت به ، والثمن الذي باعت به يتغير من يوم لآخر لظروف اقتصادية عالمية أو محلية فليس لها جبره على الأخذ بهذا الثمن . فمعنى هذا أنها تملك بشرط رد الثمن الذي باعت به ، وهو شرط حتى على فرض جوازه غير محدد المدة ؛ لأنه يبقى دائمًا حقًّا ثابتًا للشركة البائعة . لهذا كان هذا الشرط باطلًا ، وهو ينافي نقل الملكية فيبطل العقد فيكون بيعًا فاسدًا يلزم بفوات المبيع بتغير سوق فيكون صحيحًا بعد هذا . وهذا عمل شائع في عقود الشركات وتعمل به المحاكم المختلطة التي أراح اللّه مصر منها ، بل والمحاكم الأهلية المدنية وهو غير صحيح ، فحبذا لو تنبهوا إليه وحكموا ببطلانه لحفظوا للناس حقوقهم فهو أحفظ لمصلحة الناس في أملاكهم يتصرفون كما يشاءون (2) .

---

(1) في الأصل : [ المباعة ] .

(2) لا يوافق المؤلف على بيع القطع التي تبيعها الشركة مع اشتراط أن لها الحق في أن تأخذ مروى أو مصرفًا من الأرض المبيعة بالثمن الذي باعت به ، بحيث تقاس مساحة المصرف أو المروى إذا احتاجت إليه وتنسب مساحته لثمن الشراء بالفدان أو القراريط . ورأيه أن هذا الشرط ينافي مقتضى عقد البيع الذي تنتقل فيه ملكية المبيع كله إلى المشتري ، وللمؤلف الحق إذا استندنا إلى الأحكام التي قدرها الفقهاء في عقد البيع والخاصة بنقل ملكية المبيع للمشتري نقلا مطلقا . غير أنا إذا نظرنا إلى أن هذا النقل قد تم بالفعل ، وأصبح المبيع مملوكا كله للمشتري ، وأن اشتراط الشركة الحق في مد حق من حقوق الارتفاق مع تعويض صاحب الأرض عما قد يقتطع منها لجاز تصحيح هذا الشرط ، لأنه =

ومتى ترتب حق الارتفاق فليس لمالكه الزيادة عليه ، ويجب استعماله بما لا يضر بمصلحة الآخرين ، وليس لمالك العقار المترتب عليه الحق منعه من استعمال حقه أو التضييق عليه في ذلك .

فإن عارض أحد صاحب حق الارتفاق منكرًا عليه حقه جاز له مقاضاته مدعيًا ، كما يجوز لمالك العين المدعى عليه حق الارتفاق الممانعة في ذلك ، وإثبات عدم أحقية دعوى حق الارتفاق (1) .

## بند [ 69 ] تلاشي حق الارتفاق

### القانون الفرنسي :

أسباب تلاشي حق الارتفاق المنصوص عليها قانونًا ثلاثة :

1 - استحالة استعمال حق الارتفاق فيتلاشى حق الارتفاق متى أصبح استعماله مستحيلًا ، ومع ذلك فيعود الحق متى رجع الشيء المرتب عليه حق الارتفاق ،

= اشتراط لمصلحة الجيران المشترين في المستقبل لقطع الأرض الأخرى ، مما يمكنهم من ري أرضهم أو صرف المياه الزائدة عن حاجتهم . ولهذا نرى - على خلاف ما ذهب إليه المؤلف - الحكم بصحة مثل هذا الشرط ، استئناسا بالقواعد الفقهية القاضية بأنه يغتفر في الجزء وفي التابع مالا يغتفر في الكل والمتبوع . ويتفق هذا الذي اتجهنا إلى الأخذ به مع ما جاء في المواد 1021 و 1022 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد 1018 و 1019 مدني مصري و 1274 و 1025 مدني عراقي و 1274 و 1309 مدني أردني و 959 كويتي . وهو في رأينا يتفق مع نظر الفقهاء إلى حقوق الارتفاق ؛ ففي المادة 1192 من المجلة العدلية ما يأتي : « كل يتصرف في ملكه كيف شاء ، لكن إذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه ... » كما نصت المادة 58 من مرشد الحيران على أنه إذا تعلق حق الغير بالملك فليس للمالك أن يتصرف فيه تصرفًا مضرًا إلا بإذن صاحب الحق » وفي المادة 19 من المرشد أنه « يجب أن تراعى شروط عقد المتبرع المترتب عليه حق الانتفاع بالنظر لحقوق المنتفع ولما يجب عليه من الواجبات . ولو نظرنا إلى هذا الشرط على أنه وعد بالهبة في مقابل الثواب لكان أقرب إلى تصحيحه . والواجب تصحيح تصرفات الناس ما أمكن إذا لم تخالف أصلًا شرعيًّا .

(1) ذكر الزرقاني في شرحه لمختصر خليل أنه لا يعرف نص خلاف في أن من اشترى مواتًا أو اختطه لا يزول ملكه عنه بتركه إياه حتى يعود إلى حالته الأولى .

وذكر الحطاب : وإنما يكون من أحياها ، الثاني ، وهو أحق بها إذا طالت المدة بعد عودها إلى حالتها الأولى ، وأما إن أحياها الثاني بعد عودها إلى الحالة الأولى ، فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة ، وإن كان عن معرفة فليس له إلا قيمة عمارته غير قائمة . حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 97 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 6 ص 3 . الاستذكار لابن بد البر جـ 22 ص 206 وما بعدها . الشرح الصغير للدردير جـ 4 ص 68 ، 69 .

وأمكن استيفاؤه منه .

2 – دخول العقارين في ملك واحد ، فيتلاشى حق الارتفاق لاستحالة ذلك قانونًا .

3 – عدم استعمال حق الارتفاق ثلاثين سنة ، فيتلاشى حق الارتفاق . وتحسب المدة في حق الارتفاق المنقطع من اليوم الذي انقطع فيه الاستعمال . مثلًا في حق المرور من آخر مرة مر بها ، وفي حق الارتفاق المستمر من يوم عمل أي شيء يغاير حق الارتفاق كسد شباك في حق النظر .

متى كانت العين صاحبةُ حَقٍّ الامتياز ملكًا لغير واحد غير منقسمة فلا يسري تلاشي حق الارتفاق الذي يسري على واحد على الآخرين ، لأنه كل لا يتجزأ . فإذا لم يستعمل واحد من الشركاء حقه في ثلاثين سنة ، واستعمله الآخرون فلا يسقط حق الارتفاق ولا جزء منه . وإذا وجد بينهم من لا تسري عليه المدة كقاصر انتفع شركاؤه أيضًا مثله بهذا المانع .

وأسباب التلاشي التي لم ينص عليها القانون لكن جرى العرف القضائي على اعتبارها كذلك :

1 – تنازل صاحب حق الارتفاق يمحو هذا الحق ، ولدائنيه المعارضة متى أضرَّ بهم ، ويجب تسجيله بسجل الرهونات ليعارض الغير .

2 – بحصول نهاية أجل حق الارتفاق متى كان محددًا ، فيتلاشى الحق متى بلغ أجله .

3 – حصول شرط ملغ لعقار ترتب عليه الارتفاق مدةَ عدمِ تحقق الشرط ؛ فيلغَى حق الارتفاق كما أُلغيت الملكية . فإن ملك شخص عقارًا بحجة قانونية ، ونية حسنة وخالية من كل حقوق الارتفاق ، فبمضي عشر سنين أو عشرين سنة تملك حق الارتفاق الذي يدعي به الغير على هذه العين كما يكون في نفس الوقت قد تملك العقار ضد مالكه الحقيقي [1] .

## بند [ 70 ] تلاشي حق الارتفاق

**التشريع الإسلامي** : يتلاشى حق الارتفاق متى أصبح استعماله مستحيلا كأن

(1) انظر : البنود من 703 إلى 724 ، في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الرابع ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 157 : 161 .

أخذ البحر العين الخادمة ، فإن عادت عاد معها حق الارتفاق كما كان . ومتى اتحد المالك للعين الخادمة والعين المخدومة فلا يقال : حق ارتفاق ؛ لأنه لاحق ارتفاق في ملك واحد لشخص واحد ، وإلا كان ملتزمًا لنفسه ولا معنى لهذا .

ويتلاشى بعدم الاستعمال أيضًا المدة الطويلة ؛ فمن كان له حق المرور في ملك زيد من الناس ، ومضى على عدم استعماله مدة يقضي العرف فيها بأنها ترك لهذا الحق فيسقط حق المرور ، وكمن ترك عقارًا مدة مر به الناس ، واستعملوه طريقًا لهم فإن كان العرف يقضي بأن الترك المدة الطويلة كعشر سنين يثبت به حق المرور ، فكذلك الترك مدة طويلة يسقط به الحق ؛ لأن معنى الترك وعدم الاستعمال عدم الحاجة إليه والاستغناء عنه ، فلا يصح بقاؤه حتى ولو كان لغير مصلحة . وإن كانت القاعدة أن الملكية لا تزول بالترك أي عدم الاستعمال فملك الرقبة وحق الارتفاق سواء في التملك بوضع اليد المدة الطويلة .

فمن سد شباكًا مثلًا مدة يكفي عرفًا ترك الحق فليس له فتحه ثانيًا بعد مدة ، وخصوصًا بعد عشر سنين ؛ لأن الجار الذي انسد عنه الشباك قد ملك عدم النظر إليه بمضي المدة . وتقدم أن حق الارتفاق لا يتجزأ فإذا كان حق التطرق ملكًا لجماعة ليصلوا به إلى عقارهم ، ثم اقتسموا عقارهم فحق المرور ثابت للجميع بمعنى أنه لو تنازل أحدهم أو ترك الاستعمال بقي حق المرور للباقين بلا نزاع .

وبما أن الارتفاق ككل الحقوق المملوكة فيصح التنازل عنه ممن يملكه . ومتى تنازل عنه تنازلًا صحيحًا شرعيًّا فليس له حق الرجوع فيه . وإذا أضر تنازله بدائنيه فلهم الحق في معارضته في ذلك حفظًا لحقوقهم .

وإذا كان حق الارتفاق محددًا بمدة فمتى انتهت المدة بطل الحق . فإن ملك شخص عقارًا بأي وجه شرعي مشترطًا خلوه من حقوق الارتفاق ، ومضي عشر سنين ، وهو يستعملها لنفسه بدون نكير من أحد ثم قام شخص يدعي حق الارتفاق على هذه العين ، وكان حاضرًا بالبلد يمكنه التقاضي ، ولم يحافظ أو يدعي في هذه المدة فلا تسمع دعواه ولا بينته ، وأصبح ملك العين مجردًا عن حقوق الارتفاق .

**خلاصة ما تقدم من المقارنة من بند 34 إلى نهاية بند 70 .**

**يتفق التشريعان على ما يأتي :**

تعريف حق الارتفاق العيني في المنشأ ، في الشروط ، في حقوق الارتفاق وترتيبها ، في حقوق الارتفاق الناتج عن الأمكنة ، الماء وترتيب استعماله ، ماء المطر ، ماء النبع ، ملكية حق الارتفاق بالحيازة الشرعية ، حق الارتفاق المرتب بالقانون ، الشركاء في السكن الواحد ، وجوب ترك مسافة للمزروعات ، تسهيل الري وغسل أملاح الأرض ، النظر والنور على ملكية الجار ، بلاعة السطوح ( الميزاب ) ، حق المرور في ملك الغير ، ترتيب الارتفاق بالاتفاق وبمضي الزمن وبتخصيص المالك ، تلاشي حق الارتفاق ، عدم الاستعمال مدة .

**ويختلف التشريعان فيما يأتي :**

تملك نصف الحاجز بين الشركين يكون جبرًا في التشريع الوضعي ، ويكون اختياريًا من الشريك المالك في التشريع الإسلامي ، ولابد من إذن الشريك المالك في تعليته شرعًا ، وبلا إذن وضعًا ، حق المرور يكتسب بالحيازة الشرعية في عشر سنين ، وفي الوضعية بثلاثين عامًا ، ترتيب حق الارتفاق من شريك قبل القسمة غير جائز شرعًا وجائز وضعًا ، للزوجة الحق في ترتيب حق الارتفاق ، وفي قبوله ولو بدون إذن زوجها شرعًا لا وضعًا .

## بند [ 71 ] القسم الرابع الالتزامات

## الكتاب الأول

## الالتزامات ومآخذها المختلفة

**القانون الفرنسي** : الالتزام هو ضرورة قانونية تكره شخصًا يسمى مدينًا على عمل أو إعطاء شيء ، أو على عدم فعل أي شيء لصالح شخص آخر يسمى دائنًا .

يقول الاقتصاديون : إن الإنسان خلق مدينًا لمثله ؛ فعلى كل واحد عمل يؤديه نحو مشابهه ، ولكن القانونيين يقولون : خلق الإنسان حرًّا غير ملزم بعمل نحو مشابهة من التزام ما لم يكن هناك ما يلزمه وهو أربعة أشياء :

( 1 ) التعاقد . ( 2 ) ما يشبه التعاقد .

( 3 ) العمل المترتب عليه تعويض .

( 4 ) ما يشبه العمل المترتب عليه تعويض .

**التعاقد « الكنتراتو »** :

التعاقد والاتفاق . فالاتفاق هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على شيء ينتج عنه نتيجة قانونية .

والتعاقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على شيء ينتج التزامات .

فالاتفاق يكون الجنس والتعاقد يكون النوع ، فكل اتفاق تعاقد ، وليس كل تعاقد اتفاقًا ، وإن كانت شروطهما وقواعدهما واحدة .

الفرق بين القانون الروماني ، والقانون الفرنسي في التعاقد : يوجد بين التشريعين خلاف أساسي في التعاقد ينحصر في أمرين :

**أولًا** : مجرد قبول التعاقد لا يكفي على العموم لإيجاد أي التزام ، بل يلزم أن يكون قبول التعاقد مصاحبًا لبعض أشياء أخرى كالنطق بكلام مقدس أو بتسجيل الدين في سجل خاص ، بخلاف القانون الفرنسي ؛ فإن التعاقد يوجد نتيجة لمجرد الرضا به ماعدا بعض عقود اشترط القانون فيها العلنية ، ويخضع وجودها إلى شكل خاص .

**ثانيًا** : الالتزام بإعطاء شيء لا ينقل ملكية ذلك الشيء إلى الملتزم له بمجرد

الالتزام بل لا بد لنقل ملكية هذا الشيء من فعل شيء آخر ، ( التخلي أو التسليم إلخ ) مع تنفيذ التزامه بخلاف القانون الفرنسي فإنه بمجرد التعاقد نقلت ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج إلى شيء آخر من الطرف الثاني [1] .

## بند [ 72 ]

**التشريع الإسلامي** : الالتزام [2] هو شغل ذمة شخص بشيء إلى شخص آخر مفردًا ، أو جماعة ، ويسمى الأول ملتزمًا ، والثاني ملتزمًا له ، ويكون الالتزام إعطاء كالبيع ومنعًا كعقد المهادنة وفعلًا كشركة العمل وتركًا كما في الإقالة ، أو ترك الملتزم له حقًّا من حقوقه لأجل ما التزمه له كإن أسقطتِ حقك في الحضانة فلك كذا وكذا وكإعطاء الزوجة زوجها شيئًا على ألا يتزوج عليها وهو يوافق الجعل .

وقد نظر التشريع الإسلامي إلى ارتباط الفرد بهيئة الجماعة فأوجب عليه العمل لمصلحتها من تجارة وحدادة وزراعة إلخ فقد ألزمه العمل لإفادة جنس البشر لحديث الرسول : « اعمل لدنياك كأنك تعيش أبدًا ، واعمل لآخرتك كأنك تموت غدًا » ، فهو مدين اجتماعيًّا ، ودائن كذلك ؛ لأن الحياة تساند يستوجب البقاء فهذا التزام بمقتضى الحياة ، والوجود وهو نظر علماء الاقتصاد السياسي .

وأما الالتزام الفردي كأن يلتزم شخص لآخر بشيء أيًّا كان فالأصل عدمه حتى يثبت خلافه . وهي قاعدة يعمل بها عند التنازع ؛ فمن ادعى على آخر التزامًا ، ولم يقره عليه فعليه إثباته ؛ لأن الأصل البراءة يعني عدم الالتزام ، وهو نظر التشريع في العلاقات الفردية [3] .

---

(1) انظر : البنود من 1101 إلى 1107 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 246 ، 247 .

(2) عرف الحطاب الالتزام بأنه : إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف مطلقًا أو معلقًا على شيء فهو بمعنى العطية .
مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 222 وما بعدها ، الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 1 ويختلف الالتزام بهذا المعنى الفقهي عن معناه في الاصطلاح القانوني الذي يشمل كلا من العقد والإرادة المنفردة والفعل والإثراء بلا سبب والقانون .

(3) يشمل الالتزام ، فيما ذكره المالكية ، ما ينشأ منه بالتصرف الفعلي كإتلاف مال الغير ، أو بالقولى ويراد به إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له .
فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك جـ 1 ص 217 ، 218 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 222 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

وأما تقسيم الالتزام إلى تعاقد وما يشبه التعاقد ، والعمل المترتب عليه تعويض ، وما يشبه العمل المترتب عليه تعويض ، فهو تقسيم اصطلاحي . والمنصوص عليه شرعًا أن جميع ما يحصل من غير واسطة تراض واتفاق من العاقدين مما يترتب على العقود ذات الصيغة أو المعاطاة ، وكذا ما يترتب على ارتكاب ما يأباه الشرع لا يسمى كل ذلك شرعًا عقودًا ضمنية بل أحكامًا شرعية ، وإن كانت هذه التسمية لا محذور فيها ؛ لأنها اصطلاحية محضة .

**التعاقد والاتفاق :**

قد يراد بالتعاقد والاتفاق شيء واحد ، وقد يراد بالتعاقد ما ينتج التزامًا كبيع . ويراد بالاتفاق ما هو أعم ، فيتحقق الاتفاق بين المتصدق والمتصدق عليه مثلًا إذا اتفقا على شيء معين يدفعه الواهب أو المتصدق إلى الموهوب له أو المتصدق عليه ، فهو اتفاق لا التزام فيه ، فهذا ليس بعقد ملزم [1] .

**الخلاف بين القانون الروماني والقانون الفرنسي في التعاقد إلخ .**

ليس بمألوف قانونًا ولا تقليدًا ، ولا عادة أن يوضع تشريع مبتكر مرة واحدة بدون أن تتغلغل أسبابه ويكون أقرب للمألوف ، وتتهيأ النفوس لقبوله لهذا كان الخلاف بين التشريع الإسلامي منذ 1360 سنة وبين التشريع الروماني الذي وجد في عهد الرومان خمسين سنة قبل الميلاد . وأما القانون الفرنسي المولود بعد الفتح الإسلامي ، وانتشار العلوم والمعارف ، وتدعيم العدالة في نفس منشئه ، فلا خلاف بين الفرنسي والروماني ؛ لأن التشريع الفرنسي وجد الخلاف بين التشريع الروماني والإسلامي قائمًا ، فاتخذ أقربه للعقل وأسهله للتعامل ، وأسعده للبشر وانحاز إلى القاعدة الشرعية القائلة ( إن البيع يتم بالتعاقد وتوجد نتيجته لمجرد الرضا بالتعاقد ، وأن مجرد التعاقد ينقل ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج لشيء آخر ) [2] .

لهذا يترفع المشرع الوضعي ويأبى أن يذكر الحقيقة ، ويتعمد عدم ذكر التشريع

---

(1) عرّف المالكية التعاقد بأنه : ما يتوقف على إيجاب وقبول .

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 5 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 1 بداية المجتهد جـ 2 ص 125 .

(2) عرف المالكية البيع بأنه عقد معاوضة على غير منافع . وركنه : عاقد ومعقود عليه ، وما دل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما .

الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 125 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 7 ص 6 وما بعدها .

الإسلامي الذي عنه أخذ ، وملأ جعبته منه ثم تنكر له ، ألا أيها المتنكرون الجاحدون لفضل الإسلام على البشرية قد آن أن تعترفوا بالفضل لأهله . وليس التشريع الإسلامي بممتن على الناس أن هداهم للتعامل السليم وشرع لهم من الأسس والقواعد ما يدخل الطمأنينة في قلوب المتنازعين ، ويجعلهم راضين مسلمين بقضائه وفصله ؛ لأنه قضاء منطق وعقل ، وهل يطلب الناس في حياتهم سوى العدل ودفع الظلم .

وبما أن التشريع الروماني هو الأول في الوجود ، والذي تلاه هو التشريع الإسلامي ، ولم يكن سرًّا مكتومًا بل كان يقضي به وتلتزم الناس أحكامه في نفس فرنسا وإسبانيا وألمانيا وفي أفريقيا ، وجاء بعدها التشريع الفرنسي الذي يدعي علماؤه أن الخلاف بين تشريعهم والتشريع الروماني . وأما التشريع الإسلامي فلا وجود له فهذا ليس بمنطق أيها السادة وليس بإنصاف . فهل يجديكم إنكاركم ، وقد قامت الأدلة التاريخية والملموسة على أن تشريعكم هو التشريع الإسلامي ، خلاف بعض أشياء أوحت بها إليكم الكنيسة في أحوالكم الشخصية ، اذكروا الحقيقة مجردة تكونوا منصفين ، وإن كان إنكاركم لا يضر الإسلام بشيء ؛ لأنه تشريع سماوي لخير البشر والله حافظه ﴿ يُرِيدُونَ لِيُطْفِـُٔوا۟ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ (1) .

## بند [ 73 ] ترتيب التعاقد « الكنتراتو »

**القانون الفرنسي :**

**أولًا** : تعاقد ملزم للطرفين ، وهو ما التزم فيه كل طرف نحو الآخر كعقد البيع فقد التزم البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والتزم المشتري دفع الثمن المتفق عليه .

**ثانيًا** : تعاقد ملزم لطرف واحد ، وهو ما التزم فيه طرف واحد فقط نحو الطرف الآخر كعقد تسليف نقود ، فالمستلف متعهد فقط برد ما استلفه في نهاية أجله ، ويترتب على هذا التقسيم أنه :

1 - في التعاقد الملزم للطرفين يجب تسجيله في مدى ثلاثة أشهر متى كان مدنيًا ، وإلا يحكم على كل طرف بـ 50 فرنكًا غرامة ، بخلاف التعاقد من طرف واحد فغير ملزم بالتسجيل إلا إذا أدخله للتقاضي أو في عمل عام .

2 - في التعاقد الملزم للطرفين يجب تحرير صور من التعاقد بعدد المتعاقدين ،

---

(1) سورة الصف آية رقم ( 8 ) .

والنص على عددها في كل صورة ، وفي الثانية يكفي واحدة للدائن .

3 – في التعاقد الملزم للطرفين ، يجب إيداع صورة من التعاقد بقلم التسجيل على ورقة تمغة ، بخلاف التعاقد الملزم لطرف واحد فلا يجب فيه شيء .

4 – في التعاقد الملزم للطرفين ، إذا لم يقم أحد الطرفين بما تعهد به جاز للطرف الثاني إما إلزامه قانونًا بتنفيذ ما تعهد به ، وإما طلب إلغاء التعاقد بخلاف الثاني فليس فيه إلغاء التعاقد .

5 – في التعاقد الملزم للطرفين ، يجوز لأحد الطرفين الامتناع عن تنفيذ ما تعهد به إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما تعهد به ، أو لم يقدم إلى خصمه التنفيذ ، وذلك عند طلبه للتنفيذ أمام القضاء .

**ثانيًا** : تعاقد نظير مقابل ، وهو التعاقد الذي يحمل إلى أحد الطرفين منافع كما يحمل للآخر ( يعطي لكل فائدة ) ، وهو الملزم للطرفين كالبيع .

وتعاقد بلا مقابل ، وهو التعاقد الذي يعطى أحد الطرفين منفعة فقط ، كعقد القرض بدون فائدة .

ويترتب على هذا التقسيم النتائج العملية الآتية :

1 – التعاقد بلا مقابل خاضع لشروط وقيود في تحريره كالوصية بخلاف التعاقد نظير مقابل فلا يخضع لشيء .

2 – التعاقد بلا مقابل ، يكون قابلًا للإلغاء متى حصل خطأ في الشخص بخلاف التعاقد نظير مقابل ، فلا يكون سببًا للإلغاء إلا لعدد قليل منها .

3 – التزام المدين في العقد بلا مقابل أقل اتساعًا من التزام المدين في العقد نظير مقابل في تقدير عدم تنفيذ الالتزام ، وفي ضمان عدم نزع الملكية من الغير .

4 – في حالة إبطال العقود لغشٍّ من المدين يكون القانون سهلًا في العقود بلا مقابل ، ويكون شديدًا في غيرها .

5 – الشرط المستحيل والمخالف للقانون يُلْغي التعاقد نظير مقابل ، ويعتبر كأن لم يكن في العقود بلا مقابل ، وتبقى صحيحة .

**ثالثًا** : تعاقد يكون البدل فيه محققًا محدودًا كبيع منزل محدود تام المعرفة بثمن محدد ( ألف جنيه ) ، فكلا البدلين محدود محدد .

وتعاقد يكون البدل فيه غير محقق ، وخاضع لحوادث القدر بحيث يكون كل طرف محلًّا للمكسب والخسارة ، كبيع نظير ترتيب معاش العمر ، وعقد التأمين على الحريق .

**رابعًا** : التعاقد المسمى والتعاقد غير المسمى ، فالأول ما كان له اسم خاص ، والمشرع نظمه بشكل خاص في القانون المدني أو في القانون التجاري ، وغير المسمى هو الكثير من الاتفاقات التي ترك القانون للطرفين حرية التعاقد بدون اسم خاص ولم ينظمها القانون بقواعد خاصة .

**خامسًا** : عقود أصلية وعقود تبع ، فالعقود الأصلية هي التي توجد بنفسها ، والتي يريد الطرفان وجودها وحدها كالبيع والإيجار ، والعقود التبع هي المتصلة اتصالًا وثيقًا بعقد أساسي للتأكيد من تنفيذه كالرهن والضمان .

وصحة العقد التبع خاضعة لصحة العقد الأساسي ، وصحة الأساسي خاضعة لشروط وجوده بلا علاقة بين الأصل والتبع .

**سادسًا** : عقد يتم بإرادة الطرفين فقط ، وهو الغالب في العقود كالبيع والإجارة ، وعقد لا ينعقد إلا بعد تقديم شيء مادي يتعهد المدين برده كالقرض للاستعمال ، والأمانة والرهن .

وعقود علنية ، وهي التي يخضع وجودها إلى استيفاء شروط خاصة كالهبة والزواج ، وفي النوع الثاني والنوع الثالث لا تكفي إرادة الطرفين لانعقاد هذه العقود بل لا بد من تقديم الشيء موضوع التعاقد ومن استكمال الشروط المطلوبة قانونًا .

عقد القبول [1] : توجد عقود موضوع شروطها وبنودها وضعت بمعرفة أحد الطرفين ، ويأتي الطرف الثاني للتوقيع والقبول بدون أي بحث في أي شرط ، فوضعه من ناحية واحدة والقبول من الناحية الأخرى ( كعقد التأمين على الحياة ، وعقد النقل في السكك الحديدية ، وعقد العمل ) .

وطبيعة هذه العقود فيها خلاف ، فبعض المتشرعين يرى أنها عقد من جهة واحدة ؛ فإرادته فقط هي التي تحدد نصوصه ، وتوضح بنوده ، وبعضهم يرى أنها ككل العقود من جميع النواحي ، وبعضهم يرى أن الشروط الأساسية التي بها

---

(1) هذا ما يقابل الاصطلاح القانوني المعروف : عقد الإذعان .

يوجد هذا التعاقد تعتبر مقبولة من الطرفين ، وما زاد عن ذلك من إلزام الطرف الموقع فيعتبر إلا إذا أخرج العقد عن حقيقته التي وضع لها والتي يدل عليها [1] .

اتفاقات جماعة : وهو التعاقد الذي يتم بين جماعتين كل جماعة طرف ، أو بين جماعة وشخص محدد وذلك كعقود العمل .

## بند [ 74/أ ] ترتيب التعاقد

**التشريع الإسلامي** : ترتيب التعاقد على النحو الذي ذكره لا يفيد الحصر ، ولا يقضى باستقصاء جميع أنواع التعاقد ، وإنما ذكر بعض المتعارف منها مما يذكر تحت قواعد كلية ، كالعقد بعوض والعقد بدون عوض . فليس هذا الترتيب من الفقه بمعنى الأحكام ، وإنما هو اصطلاح للفقهاء مفيد .

1 - تعاقد ملزم للطرفين وتعاقد ملزم لطرف واحد ، فالأول كالبيع [2] والإجارة [3] مثلًا فقد التزم البائع تسليم العين المبيعة كما التزم المشتري تسليم الثمن وكذا الإجارة [4] ، والثاني كالجعل وهو التزام عوض عُلم لتحصيل أمر يستحقه السامع بالتمام [5] ، ولكليهما الفسخ وتلزم الجاعل فقط بالشروع في العمل ، وقد

---

(1) انظر : البنود من 1101 إلى 1107 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 246 ، 247 .

(2) البيع عقد معاوضة ، ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول . الشرح الصغير ( 1/3 ) .

(3) الإجارة : عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض . الشرح الصغير ( 298/3 ) .

(4) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 428 من القانون المدني المصري والمادة 394 من المشروع والمادة 488 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردًا من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه » . وتقابل المادتين 466 ، 467 من التقنين الكويتي : فالمادة 466 من التقنين تنص على أنه « إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وأن يمتنع من أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا » . والمادة 467 على أنه « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .

وحكم المادة المقترحة تطبيق للأصل الشرعي الذي يوجب الوفاء بالعقود ، الأمر الذي يقتضي تمكين المشتري من الحصول على مقصود العقد وثمرته .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

(5) الجعالة التزام بدفع قدر من المال لمن يقوم بعمل معين ، سواء كان ذلك لنفع الجاعل أو المجعول له . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 60/4 .

يكون عقد القرض كذلك ؛ لأنه ينعقد بتعهد المقرض دفع القرض للمقترض ، وأما وجوب الرد للقرض فهو حكم مترتب على العقد لا شرط فيه [1] .

ولا يترتب على هذا التقسيم تحرير صور بعدد المتعاقدين ولا تسجيله ولا إيداع صورة إلخ ؛ لأن هذه أمور نظامية لا دخل لها في حقيقة هذه العقود ، فإن أمر بها الحاكم وجب اتباعها ؛ لأنها من نظم الحياة ولوازم الاحتياط ، ولا تتعارض مع أصول التشريع الإسلامي . بل بالعكس أوجب التشريع الإسلامي على القاضي اتخاذ سجل وكاتب توثيق لضبط الحوادث والادعاءات ، وما يتم فيها فبالأولى تنظيم ما يؤول إلى التقاضي أو ما يؤدى إليه غالبًا [2] .

وفي التعاقد الملزم للطرفين جاز للطرف الآخر إلزام الممتنع من التنفيذ بما تعهد به ، وجاز له عدم تسليم البيع إذا لم يدفع الثمن إذا كان البيع بتًّا أو طلب كفيل بالثمن ، ولكن متى استلم المشتري المبيع ، ولو لم يدفع الثمن ، فليس للبائع أخذه . ونقض البيع لأن الثمن أصبح في الذمة بل له التقاضي ، وطلب الحكم واستيفاء الثمن من أملاك المشتري كافة .

ولو قال كل من المتبايعين لصاحبه لا أدفع لك ما بيدي حتى تدفع لي ما بيدك بدأ المشتري بدفع الثمن النقدي جبرًا إذا كان المبيع عرضًا أو مثليًا ؛ لأنه في يد بائعه كالرهن على الثمن ، فإذا كان البيع لغير عرض أو مثلى بنقد فيهما لم يجبر واحد من المتعاقدين على التبدئة . فإن كان العقد على مثلين أو عرضين غير ما ذكر تركا حتى يصطلحا ، فإن كان بحضرة حاكم وكَّل من يتولى ذلك لهما .

---

(1) حصر ابن جزي الكلبي أنواع البيوع والمكاسب فقال : أما المكاسب فنوعان : كسب بغير عوض ، وبعوض ، فأما الكسب بغير عوض فأربعة الأول : الميراث . الثاني : الغنيمة الثالث : العطايا كالهبة والحبس وغير ذلك . الرابع : مالم يتملكه أحد كالحطب والصيد وإحياء الموات .
وأما الكسب بعوض فأربعة : عوض عن مال كالبيع ، عوض عن عمل كالإجارة ، عوض عن منفعة البضع كالصداق ، عوض عن جناية كالديات . القوانين الفقهية ص 186 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 125 ، إرشاد السالك ص 75 ص 76 .

(2) أوجب الحطاب في الكاتب الذي يتخذه القاضي أن يكون عدلا ، وأوجب على القاضي اتخاذ مثل هذا الكاتب واتخاذ مزك ومترجم بهذه الصفة ، ويجب اتصاف هؤلاء بالعدل والعقل والرأي والعفة . بل نص الدردير في الشرح الصغير ورتب القاضي وجوبًا كاتبًا يكتب وقائع الخصوم . مواهب الجليل جـ 6 ص 115 ، الشرح الصغير جـ 4 ص 15 .

2 – تعاقد نظير مقابل وتعاقد بلا مقابل ؛ فالأول ما انتفع فيه الطرفان مقابلة كالبيع [1] والإجارة . والثاني ما اقتصر النفع فيه على جانب واحد كالهبة مثلًا أو القرض . ولا يخضع التعاقد بلا مقابل لشروط خاصة ؛ فإن أخطأ الواهب أو المقرض في شخص الموهوب له أو المقترض صح له إلغاء عقده . وأما في العقد بمقابل فالشخص ليس بمقصود للمتعاقدين فلا إلغاء ، وعادةً التعاقد للقرض أو الهبة يكون أقل اتساعًا والتزامًا من الالتزام المتبادل [2] .

والعقد على المستحيل وعلى المحظور باطل [3] ، وما بُني عليه كذلك . وفي العقد بلا مقابل كالوقف مثلًا يلغى الشرط المستحيل أو المحظور ويصح العقد .

3 – تعاقد يكون البدل فيه محققًا محدودًا وتعاقد يكون البدل غير محقق بل تحت رحمة القدر ، فالأول كالبيع المعلوم فيه الثمن والمثمن . والثاني ما احتمل الكسب والخسارة لأحد الطرفين ، وكان خاضعًا للقدر كبيع نظير ترتيب معاش مدة الحياة للبائع فهو باطل للجهالة في الثمن ، وقد يكون صحيحًا كما في السلم فمع كونه خاضعًا للقضاء والقدر في الثمن رخصًا وغلاءً [4]

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي : أن البيع عقد معاوضة أي عقد محتو على عوض من الجانبين ( 3/2 ) وفيه – أيضًا – الهبة تمليك بلا عوض « أي تمليك ذات 97/4 » وجاء في بداية المجتهد قوله : « العقود تنقسم إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة ، كالهبات ، والصدقات ... إلخ . بداية المجتهد 2/ 145 .

(2) ذكر ابن رشد أنه يغتفر في عقود التبرعات ما لا يغتفر في غيرها ، ولا يشترط فيها شروط معينة ؛ فقال إنه لا خلاف في المذهب المالكي في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود بالجملة ، وكل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر . بداية المجتهد جـ 2 ص 255 ، 256 .

(3) قاعدة : العقد على المستحيل والمحظور باطل ، وما بنى عليه كذلك .

(4) السَّلَم هو بيع شيء غير موجود في الحال بثمن حال ، على أن يجري تسليم المبيع في المستقبل ، بشرط أن يعين هذا المبيع تعيينا نافيا للجهالة والغرر . ويشغل السلم موضعًا هامًا في الفقه الإسلامي لأنه يستجيب لحاجة التعامل على نطاق واسع في الوقت الحاضر سواء مع المصارف أو الشركات أو الأفراد ويسمى المشتري « المسلم » أو « رب السلم » ، والبائع « المسلم إليه » والمبيع « المسلم فيه » والثمن « رأس المال » . والأحكام المتعلقة بالسلم مأخوذة من الفقه الإسلامي بوجه العموم ؛ فقد نصت المادة 142 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « السلم هو أن يسلم عينًا حاضرة ( رأس مال السلم ) في عوض موصوف في الذمة ( المسلم فيه ) إلى أجل ، كما نصت المادة 109 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أن « السلم بيع شيء موصوف مؤجل لأجل معلوم تختلف به =

فهو جائز [1] .

4 - عقود أصلية وعقود تبعية ، فالأصلية ما كان المقصود للمتعاقدين وجودها أولًا وبالذات كالبيع . والعقود التبعية ما تولدت عن هذا التعاقد الأصلي كالرهن والضمان والحميل مثلًا في المبيع نظير ثمنه ، فالبيع مقصود للمتعاقدين أولًا ثم نشأ عنه بعد تحققه طلب ضمان بالثمن لأنه لم يدفعه المشتري مثلًا ، والعلاقة بين العقد الأصلي والتبعي يجب مراعاتها ؛ فالعقد الذي يكون مستوفيًا شروطه من العقود الأصلية يكون صحيحًا ، وتترتب عليه آثاره ، ولو بطل البيع ؛ لأن الثمن كان خمرًا أو خنزيرا أو مجهولًا بطل الضمان ؛ لأنه يجب أن يكون الدين المضمون صحيحًا يجب أداؤه [2] .

5 - عقد يتم بإرادة الطرفين فقط وعقد لا يوجد إلا بشيء آخر كالبيع ؛ فإنه ينعقد بلا ضميمة شيء آخر إلى إرادة المتعاقدين ، وأما القرض والهبة والصدقة فتملك بالعقد وإن لم يقبضه المقترض أو الموهوب له أو المتصدق عليه ، والوديعة لا توجد إلا بدفع الشيء المودع ؛ فالتعاقد على الإيداع لا يوجد حقيقة الوديعة بل لابد من دفع الوديعة للمودع عنده .

وهناك عقود علنية كالزواج مثلًا ، والعلنية فيها تحصل بالإشهاد ، والبيع والإجارة مثلًا لا يشترط فيهما علنية بمعنى وجوب الإشهاد [3] .

---

= الأسواق ويوجد فيه جنس المبيع غالبًا ، وقد عرفته المادة 532 من التقنين الأردني التي تنص على أن « السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 150 ، 151 ) .

(1) قال الدردير في تعريف السلم : السلم بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه ، وشرطه حلول رأس المال ، وجاز تأخيره ثلاثًا ولو شرط أهـ .

وقد ذكر ابن رشد أنه من عقود التبرعات . الشرح الصغير جـ 3 ص 105 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 204 مواهب الجليل جـ 4 ص 514 ، 515 .

(2) قال الدردير : وشروط صحة المعقود عليه طهارة فلا يصح بيع نجس ولا متنجس لا يمكن تطهيره ، وعدم النهي عن بيعه ، وقدرة على تسليمه لا طير في الهواء ولا وحش في الفلاة . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 127 .

(3) الإشهاد من شروط النكاح ، واختلف الفقهاء ، هل هو شرط تمام يُؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . بداية المجتهد ( 17/2 ) .

وأما عقود القبول ، وهي التي يضع شروطها وبنودها طرف واحد وعلى الطرف الثانى الإمضاء والقبول فقط فحكمها شرعًا كالآتي ، حسب ما ظهر لي وفوق كل ذي علم عليم .

**أولًا** : عقد النقل في السكة الحديد أو بوليصة الشحن ، هذا العقد مطبوع بإنشاء إدارة السكة الحديد ، وهي التي وضعت شروطه ودونت بنوده وما على المرسل إلا الإمضاء . وهو عقد إيجار بين المرسل والسكة الحديد على نقل عروض تجارة أو ماشية أو أي شيء من بلد كذا إلى بلد كذا ، وفيه أن المصلحة غير مسئولة عن الكسر والتلف والضياع والتأخير إلخ ، وهي شروط باطلة ، لأن الضمان مقرر في التشريع الإسلامي في مثل هذه الحالة للمصلحة العامة ، وقبول المرسل شروط المصلحة قبول إكراهي ؛ لأنه لو لم يقبل لا يمكنه نقل بضاعته خصوصًا في المسافات البعيدة فهو مكره والمتعين .

**أولًا** : قبول الشروط الأساسية التي تتعلق بالنقل ، وتقدير الأجر ودرجته ، وأنه بالمستعجل أو بالبضاعة .

**ثانيًا** : إلغاء ما زاد من عدم الضمان فيما يضمن فيه شرعًا ، نحو هلاك العروض المرسلة ، فإن كان الهلاك بتعدّ من المصلحة أو عدم احتياط أو إهمال نشأ عنه التلف أو الضياع أو الهلاك فهي ضامنة قطعًا ولو شرطت عدم الضمان .

فلو احترقت العربة المحملة بالبضاعة المنقولة لعدم التشحيم أو لشحن مواد ملتهبة أو قابلة للاحتراق مع هذه البضاعة ، واحترقت بالفعل لهذا السبب ، فالمصلحة ضامنة قطعًا . فقد نص الفقهاء على أن عِثار الدابة لو كانت عثورًا يعتبر تعديًا من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذا إن كانت الحبال رثة ، فلو كان التلف أو الضياع أو الهلاك بأمر طارئ لا مفر من حدوثه أو لا قدرة على دفعه وكانت المصلحة ليست سببًا في حدوثه فلا ضمان عليها .

فإن اشترط النقل في المستعجل لخوف التلف على المنقول بأن كان فاكهة أو لحمًا أو خضارًا أو ما أشبه ، ونقلته المصلحة بغير المستعجل ، وتلف ضمنت بلا نزاع ؛ لأنها خالفت الشرط إلى ما فيه الضرر .

والقاعدة العامة أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن

يتعدى [1] ، والتعدي كما يكون بالنفس يكون بالسبب لعدم الاحتياط أو الإهمال ، فإن هلك بغير تعديه ومع احتياطه فلا ضمان عليه [2] .

**ثانيًا** : عقد التأمين على الحياة ، أو عقد السكورتاه ، أو بوليصة التأمين ، وهو عقد يقبل فيه المتعهد بالتأمين على أنه إذا مات المؤمَّن في مدة عشر سنين يدفع مبلغًا معينًا ( 1000 جنيه ) مثلًا إلى شخص يختاره المؤمَّن على أن يدفع المؤمن مبلغًا معينًا من المال مقسطًا كذا كل قسط ، كذا أو تتعهد شركة التأمين لصاحب عقار منزل أو دكان أو محل تجارة بدفع مبلغ كذا لمدة عشر سنين أو عشرين سنة إذا احترق هذا العقار [3] على أن يدفع مالك العقار قسطًا معينًا كل سنة أو ستة أشهر

---

(1) قاعدة : الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى .

(2) ذكر ابن رشد أنه لا خلاف عندهم في أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكًا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . بداية المجتهد جـ 2 ص 232 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 747 مدني مصري ، ونصها : « التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغًا من المال ، أو إيرادًا مرتبًا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن » . ويؤخذ على هذا التعريف أنه يتناول عقد التأمين من أحد جانبيه ، وهو جانب العلاقة بين المؤمن والمؤمن له ، ولكن للتأمين جانبًا آخر ، وهو العلاقة بين المؤمن له ومجموع المؤمن لهم ، وهذا الجانب يجب أن يكون الاعتبار الأول كما سبق القول . لهذا جاءت المادة 747 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بتعريف التأمين تعريفًا مختلفًا عن تعريف المادة السابقة الذكر ، لتوضيح أن عقد التأمين في حقيقته عقد تعاون بين المؤمن لهم في تعويض من يقع له الحادث أو ينزل به الخطر المؤمن منه ، وبذلك نوزع الخسارة على الجميع ولذا نصت هذه المادة من المشروع على تعريف التأمين بأنه : « عقد تعاون يقدم المؤمن له بمقتضاه أقساطًا أو أية دفعة مالية أخرى لمواجهة حادث أو خطر معين ينزل بأي من المؤمن لهم ، فيكون على المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغًا من المال ، أو إيرادا مرتبا أو أي أداء مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد » . والسند الشرعي للنص المقترح تلك القاعدة الفقهية التي جاءت فيما روي عن النبي ﷺ من أنه قال : « المسلمون عند شروطهم » . فكل اتفاق لا يتعارض مع الأصول التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقدًا مشروعًا ( انظر في هذا : البدائع جـ 5 ص 295 ) . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 893 من التقنين العراقي ، والمادة 920 من التقنين الأردني ، والمادة 773 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة ) .

من مبلغ معين [1] .

وهو عقد بمجهول ويشترط في كل العقود أن تكون مادة تعاقدها معلومة للطرفين محددة ، بل هو عقد القضاء والقدر ، فإن سلمت العين أو الشخص المؤمَّن عليه كسب المؤمِّن وإن احترقت أو مات المؤمَّن خسرت فهذه العقود غير جائزة شرعًا .

**ثالثًا** : عقود العمل ، هذه العقود يراد بها العقد المحرر بين أصحاب الشركات أو الفابريكات ، وبين من يعمل فيها أو بين الصناع وأصحاب رؤوس الأموال [2] ، وسبب ذلك أن الحكومات في غير مصر ( وأظن أن هذا سيشرع قريبًا في مصر ) ، نظرت إلى العامل فوجدته ضحية إلى مالك رأس المال يستغله ، وينتفع بثمرة عمله إلى أبعد حدود الاستغلال حتى إذا شاخ أو أصيب بعاهة حتى من جراء عمله تركه صاحب العمل ، فيكون فريسة للفقر والمرض فسنت قوانين لتأمين العمال في عملهم ، وفي حياتهم حتى الممات فاشترطت أن العامل إذا مرض يداوى على حساب من يعمل عنده في معمله أو في فابريكته وإذا أصيب أثناء عمله يعطى أجره كاملًا لمدة معينة ، وإذا بتر منه عضو أو جزء عضو يترتب له كذا من أجر عمله لمدة كذا ، وأن يعطى يومًا ونصف يوم في الأسبوع راحة مع احتساب أجره مثلًا . وهكذا اشترطت شروطًا سنتها بقوانين لتحمى اليد العاملة من طغيان أرباب رؤوس الأموال على العمال ، واستنفاذ قواتهم لمصلحتهم بلا تفكير فيمن كانوا سببًا

---

(1) قال ابن رشد : وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم . بداية المجتهد جـ 2 ص 232 .

(2) جاء في المادة 674 من القانون المدني المصري تعريف عقد العمل بأنه « عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . والمقصود من عقد العمل هو أن يعمل أحد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر . حيث يرتب عقد العمل التزامات على عاتق كل من الطرفين ، وهذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد . وقد أخذ هذا المعنى في الاعتبار في التعريف الذي أوردته المادة 667 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة ؛ حيث جاء فيها أن « عقد العمل عقد يعمل بمقتضاه أحد المتعاقدين لدى المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر » وتقابل هذه المادة المواد 29 من قانون العمل المصري رقم 137 لسنة 1981 والمادة 900 مدني عراقي والمادة 805 أردني . ويتفق ذلك مع مقررات الفقه الإسلامي ؛ فقد جاء في المادة 562 من مجلة الأحكام العدلية عن عقد العمل أنه عقد إجارة لآدمي ، وهو ما تكرر في المادة 586 من مرشد الحيران . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 252 ) .

مباشرًا لإثرائهم وللإغداق عليهم [1] .

فقام من ناحية أصحاب رؤوس الأموال من يدافع عن أموالهم في استخدام جزء منه قد يبلغ الآلاف ضد مصلحة العمال ، وضنوا بتطبيق هذه القوانين بشروطها وقيودها ، فوضعوا عقدًا يسمى عقد العمل ودونوا فيه من البنود ما لو تمسك بها الطرفان لما استفاد شيئًا أي عامل ، ولو كانت إصابته وقت العمل حتى ولو ذهبت بحياته ، وذلك للتحايل على الإفلات من تطبيق قوانين حماية العمال ، ولو جزئيًا فيأتي العامل محتاجًا للعمل ليقتات ، فيقدم له عقد العمل المذكور فإن نازع فيه لا يقبل ، وهو محتاج فيضطر تحت تأثير الحاجة أن يمضيه ، فمثل هذا العقد باطل ؛ لأنه فقدت فيه إرادة العامل من جهة ومن جهة أخرى ففيه إسقاط حق لم يجب بعد ، والتنازل والإسقاط يكون عن شيء محقق أو مقدر الوجود غالبًا ، فإذا تعهد العامل أنه لا يطالب صاحب العمل بتعويض إذا أصيب في عمله فتعهده باطل ، وأما ضمان الصناع شرعًا فإنهم يضمنون ما هلك عندهم إذا كانوا يأخذون العمل في بيوتهم أو يغيبون عليه دون حضور صاحبه ، ويضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر أو قطع في المصنوع إذا عمله في حانوته ولو بحضور صاحبه . ولا ضمان [2] لما فيه غرر [3] ، كثقب الجوهر ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت عنده العليل من معالجته ، وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ .

وأما الطبيب وما أشبه فإن كان من أهل المعرفة وأخطأ في فعله فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث ، وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل : في ماله ، وقيل : على العاقلة .

---

(1) قال ابن رشد [ وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدًا معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، واحتراق الخبز عند الفران ، والطبيب بموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يُعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . بداية المجتهد جـ 2 ص 233 .

(2) قاعدة : لا ضمان لشيء فيه غرر .

(3) قال ابن رشد : « والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت ، وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان ، أما من عداهم من غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي » ، بداية المجتهد جـ 2 ص 232 .

وأما حامل الطعام والطحان فإن الإمام مالكًا ضمنهم ما هلك عندهم إلا أن تقوم لهم بينه . على هلاكه من غير تعديهم [1] .

## بند [ 74/ب ] شروط وجود وصحة العقود

**القانون الفرنسي :**

ملاحظة أولية : الفرق بين شروط إيجاد العقود وشروط صحتها :

إن شرط الوجود إذا تخلف نتج عنه إلغاء العقد إلغاء عامًّا أو عدم وجود العقد ، بينما إذا تخلف شرط الصحة ينتج عنه قابلية العقد للإلغاء إلغًاء خاصًّا .

ومعلوم أن الإلغاء الخاص لا يُدَّعى إلا من أشخاص محدودين ، وأنه يغطى إما بالتصحيح ، وإما بمضي المدة بخلاف الإلغاء العام فيدعيه كل من له مصلحة ، ولا يغطى لا بالتصحيح ولا بمضي المدة .

**أولًا** : شروط وجود العقود :

1 - إرادة الطرفين المتعاقدين ، وهي اتفاق إرادة المتعاقدين على كل نقط التعاقد ، وتتكون من عنصرين : العرض من جانب والقبول من جانب آخر .

العرض ويكون صراحة وليس له شكل خاص ، ويمكن أن يكون لشخص محدود ، كما يكون للعموم كعرض البضائع بأثمان محدودة لكل مشترٍ . ونتيجة العرض وحده لا تكفي لعقد البيع بل لا بد من انضمام القبول له ، فالعرض يقيد العارض وله سحب عرضه مالم يتصل به قبول إذا لم يحدد مدة لعرضه ، فليس له سحبه حتى تنتهي المدة ، وقد يصبح العرض قديمًا إذا توفي العارض ، أو فقد أهليته للتعاقد أو تمضي مدة العرض المحددة .

القبول : يكون القبول صراحةً أو ضمنًا ؛ فالضمني يكون كقبول الوكيل لموكله فهو قبول ضمني من الموكل ، السكوت من جانب القابل لا يدل على انعقاد الاتفاق ( الذي لا يقول كلمة لم يقبل ) إلا في مدة الإيجار الضمني ، فالسكوت

---

(1) قال ابن رشد : وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية ، قيل في ماله وقيل على العاقلة .

كاف في التعاقد .

ومتى وجد القبول نتج عنه وجود العقد .

اللحظة التي يتم فيها التعاقد ويوجد العقد : يتم العقد ، ويوجد وتترتب عليه آثاره متى حصل العرض ، والقبول إذا حضر الطرفان في مجلس واحد فإن كان التعاقد بكتابة أو بمكالمات تليفونية أو تلغرافية ، فحصل خلاف هل يتم بمجرد العرض أو لا بد من وصول القبول إلى العارض . ونتائج تلك العملية هي :

1 - لو تلف الشيء المتعاقد عليه بقوة قاهرة فعلى من يكون .

2 - لو مات أحد الطرفين المتعاقدين أو خرج عن أهلية التعاقد .

3 - هل يجوز للعارض سحب عرضه .

4 - كل هذا مرتب على تمام العقد بمجرد القبول ، فيكون ملكًا للمشتري أو لابد من وصول القبول فيبقى على حساب البائع .

القانون يحبذ الرأي الثاني ، وكذا القانون المدني الألماني ، وهو أن العقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى البائع ؛ فلو تلف المبيع فهو على حساب البائع ، ولو مات أحد الطرفين فيبقى المبيع في ملك البائع ، ويجوز للبائع سحب عرضه قبل وصول القبول .

**المكان الذي ينعقد فيه الاتفاق :**

لمعرفة مكان الاتفاق نتائج عملية خطيرة :

1 - بالنظر إلى اختصاص المحاكم عند التنازع في المواد التجارية ، حيث إن القانون يقول ( يمكن طلب المدين في المكان الذي تم فيه التعاقد ) .

2 - فيما يتعلق بتفسير الشروط المبهمة التي في العقد يطبق العرف في مكان إتمام العقد ، فمكان إتمام العقد إن كان بين حاضرين هو مكان التعاقد ، وإن كان بين غائبين ففيه الخلاف السابق هل هو القبول مجردًا عن وصوله للعارض ، فيكون

المحل هو محل القبول ، وإن كان القبول مع وصوله إلى العارض فمحله محل العارض .

**في حالة عدم وجود الإرادة :**

لا توجد الإرادة في الأحوال الآتية فلا ينعقد الاتفاق :

1 – حينما يكون أحد المتعاقدين في سن لا تسمح له بالتمييز .

2 – حينما يكون أحد المتعاقدين في حالة تغير عقلي أو سكر في حالة إتمام العقد .

3 – حينما يكون هناك خطأ مادي في الشيء المبيع ( باعه حصانًا فظن أنه باعه آخر ) .

4 – حينما يكون هناك خطأ في طبيعة نفس العقد ( بعتك حصانًا فظننت أني أعطيكه ) .

**نظرية الإرادة وإعلان الإرادة :**

الفرق بين الإرادة وإعلان الإرادة قد اعتنى به القانون الألماني والفرنسي ، ففي القانون إرادة الطرفين الداخلية هي التي تقدم العوامل الموجبة للعقد ، وأنها هي المحددة لنتائجه ، وهي طريقة استقلال الإرادة .

وفي القانون الألماني هي الإرادة الظاهرة الناتجة عن الصيغ المستعملة من الطرفين في حال التعاقد ، وهي طريقة إعلان الإرادة .

ولا يكون العقد قابلًا للإلغاء إذا حصل خطأ في سبب التعاقد ، وفي القانون الألماني الخطأ في جوهر مادة التعاقد ( المادة المتعاقد عليها ) يكون سببًا في الإلغاء [1] .

## بند [ 75 ] شروط وجود وصحة العقود

**التشريع الإسلامي** : شرط الوجود هو ركن العقد الذي به يتكون [2] ، ويوجد

---

(1) انظر : البنود من 1108 إلى 1125 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 247 : 251 .

(2) يتفق النظر إلى العقد الصحيح في الفقه الإسلامي مع ما جاءت به المادة 133 مدني عراقي ، ونصها :
1 – العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا بأن يكون صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .
2 – وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفًا أفاد الحكم في الحال .
وهي تتفق مع ما جاء في المادة 167 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له » . وقد نصت المادة 108 من المجلة على أن « البيع =

وهو في البيع مثلًا بائع ومشتر ومبيع وثمن فإن لم يوجد واحد يقال : فقد ركنًا من أركان العقد فلا توجد له حقيقة فهو باطل [1] .

وأما شرط الصحة كفقد ركن من هذه الأركان وصفًا مشترطًا فيه كشرط كون المبيع طاهرًا منتفعًا به مقدورًا على تسليمه أو كشرط التمييز في العاقد ، فإن كان المبيع نجسًا أو غير منتفع به في الجملة أو غير مقدور على تسليمه أو كان العاقد صغيرًا لا تمييز عنده [2] أو في حالة إغماء أو جنون إلخ [3] فيقال : إن العقد فقد شرط صحته فالعقد موجود بحقيقته ، ولكنه غير صحيح ، فعدم وجود العقد لعدم وجود ركنه يكون باطلًا من أساسه ، وعدم وجود شرط الصحة يجعله فاسدًا يصح لمن وقع عليهم الضرر فيه طلب إلغائه ، أو لمن يملكون أمرهم فهو حق خاص ، وأما البطلان فهو حق عامر لكل شخص أن يدعيه ، ولا يمكن تصحيح الباطل إلا باستيفاء أركانه المفقودة ، وأما الفاسد المختلف فيه فيمضي إذا حصل مفوت من مفوتات العقد الفاسد كما سيأتي .

إرادة الطرفين : وهي تَوَافُق المتعاقدين على ما أرادا الاتفاق عليه جملةً

---

= الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتًا ووصفًا » . ونصت المادة 311 من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا » . والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلى محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحه سالمة من الخلل وإلا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامة ص 37 .

(1) قال الدردير في تعريف عقد البيع « أركانه التي يتوقف عليها حقيقته خمسة عاقد من بائع ومشتر ، ومعقود عليه من ثمن ومثمن ، وصيغة أو ما يقوم مقامها » مما يدل على الرضا . الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 64 .

(2) يتفق إبطال عقد غير المميز مع ما جاء في المادة 110 من القانون المدني المصري ومع المادة 95 من مشروع القانون المدني ، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 7 التقنين الأردني ، والمادة 96 من التقنين العراقي والمادة 1/86 من التقنين الكويتي وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية : المادة 966 من المجلة العدلية والمادة 269 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22 ) .

(3) قال الدردير : وشروط لزومه أي البيع تكليف ، فلا يلزم صبيًا مميزًا ، وإن صح مالم يكن وكيلًا عن مكلف وإلا لزم ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه أورق إلا بإذن الولي ، وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه . الشرح الصغير للدردير جـ 3 ص 3 .

وتفصيلًا [1] ، وتتكون من إيجاب وقبول أو من عرض وقبول [2] .

أما الإيجاب فيصح أن يكون من المتكلم الأول كبعتك كذا أو اشتريت منك كذا مثلًا ، ويصح أن يكون الإيجاب بالقول والكتابة والإشارة منهما أو من أحدهما ، ويصح أن يكون الإيجاب عامًّا لكل طارق أو مشتر أو لشخص معين .

ولا يكفي الإيجاب وحده ؛ لأنه شق التعاقد فلا يتم إلا بشقيه إيجاب ثم قبول ، والإيجاب يقيد صاحبه وله إبطاله مادام لم يقبل المشتري ، فإن قبل فقد تعلق حقه بالمبيع . فإن قال شخص : أبيعها بمائة فقال آخر : قبلت انعقد البيع فإن تنحى البائع قائلًا : ما أردت البيع ، فإن قامت قرينة على عدم إرادة البيع فالقول للبائع بلا يمين ، أو على إرادته فيلزمه البيع [3] .

ويكون العرض صحيحًا مادام صاحبه يملك العرض ، لأن بالقبول يتم البيع فإن فقد العارض ( الموجب ) أهلية العرض بالموت ، أو بفقد صفة الأهلية كالجنون مثلًا فقد بطل العرض ؛ إذ لو صح العرض مع فقد الأهلية لكان التعاقد مع غير ذي أهل ، والعبرة بوقت تقابل الإيجاب بالقبول من وقت وجوده إلى تمام العقد ، فإن قيد عرضه بمدة فهو مؤاخذ بعهده ما دام حيًّا ذا أهلية شرعية للتعاقد [4] .

---

(1) تناولت النص المادة 89 من القانون المدني المصري رُكْني العقد ، ونصها : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وهو ما جاء في الماد 90 من التقنين المدني الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وهو ما يتفق مع المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية كما يتفق مع المادة 32 من التقنين المدني الكويتي . والمادة 104 من المجلة التي تقول : « الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 ) .

(2) ذكر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير 5/3 تعريفه للعقد بأنه : ما يتوقف على إيجاب وقبول . انظر كذلك : الشرح الصغير للدردير جـ 2 ص 1 ، التاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 228 .

(3) يتوقف العقد على الإيجاب والقبول ، ولا يكفي أحدهما ، وهو ما يتضح من التعريف السابق للعقد بأنه : ما يتوقف على إيجاب وقبول . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 5 ، التاج والإكليل للموّاق جـ 4 ص 228 .

(4) الإيجاب المقيد بمدة معينة ، كقولك بعتك سيارتي بعشرة آلاف وأنا على إيجابي هذا حتى نهاية الأسبوع ، ملزم للموجب طيلة المدة التي حددها ، فلا حق له في الرجوع عنه إلا أن تنتهي المدة ، وهذا هو مذهب المالكية خلافًا للجمهور في ذلك ، فللموجب حق عند الأحناف والشافعية والحنابلة في الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول .

وأما القبول فهو الذي يأتي ثانيًا ، وبه يتم التعاقد ، ويصح بالقول والكتابة والإشارة ، ويصح أن يكون صزاحةً أو ضمنًا ؛ فالصراحة كقبلت أو اشتريت أو بعتك كما طلبت مثلًا ، والضمني كتصرف المشتري في المبيع الذي له فيه حق الخيار فهو قبول ضمني [1] .

ويصح العقد في المعاطاة كأن يدفع المشتري الثمن المحدد ثم يأخذ المشتَرى بدون كلمة لا من البائع ، ولا من المشتري ما دامت إرادة الطرفين قد تقابلت بالرضاء ، فقد نص التشريع الإسلامي على أن البيع ينعقد بالمعاطاة من الجانبين [2] ، ولو في غير الأشياء الصغيرة ، أو في المحقرات كرغيف مثلًا أو شراب محدد ثمنه أو أي شيء من

(1) يقابل هذا النص المادة 89 من القانون المدني المصري ، ولفظها :
1 - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفًا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على المعنى المقصود .
2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا . إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا ولا تختلف هذه المادة في مضمونها مع ما جاء في المادة 75 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، كما أنها تتفق مع المادة 79 من التقنين العراقي ، والمادة 92 من التقنين الأردني . والمادتين 34 ، 35 من التقنين المدني الكويتي . وهي مستمدة من الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة 346 من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطابا يصح انعقاده بهما تحريرًا أو مكاتبة ... وينعقد البيع أيضًا بالإشارة المعروفة للأخرس » ونصت المادة 347 على أنه « يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي » ونصت المادة 173 من المجلة على أنه « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضًا » ونصت المادة 174 من المجلة على أنه « ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس » ونصت المادة 175 من المجلة على أنه « حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيبتعد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي » . انظر أيضًا المبسوط جـ 12 ص 108 ، 109 ، البدائع جـ 5 ص 133 - 135 . بداية المجتهد جـ 2 ص 141 . المغنى جـ 4 ص 4 ، 5 وانظر فيما يتعلق بقبول الإشارة من غير الأخرس ، الزرقاني جـ 5 ص 4 المذكرة الإيضاحية للتقنين الحالي ) .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 ، 18 ) .
(2) القاعدة الفقهية أن السكوت في معرض الحاجة بيان يدل على القبول إذا اقترن بما يدل على القبول كتسلم البضاعة ، فإنه يعد قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط ، وقد نصت المادة 67 من المجلة العدلية على هذه القاعدة . وهي تطابق الفقرة الأولى من المادة 81 من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة 95 من التقنين الأردني ، وتطابق في الجزء الأخير منها الفقرة الأولى من المادة 35 التقنين المدني الكويتي ، انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم 78 .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 19 ) .

هذا النوع فلا خلاف في جوازه ، وأما الأشياء الكثيرة الثمن كأرض وبيت مثلًا ففيها خلاف ، والراجح جوازه حتى في غير المحقرات ( مذهب مالك )[1] .

ومتى تم الإيجاب والقبول فقد انعقد البيع مثلًا فإن قال المشتري : لم أرد الشراء فإن لم يحلف لزمه[2] ، ومحل حلفه حيث لم يرض بعد رضاء الآخر . فإن كان قبل رضاء الآخر فله الرد ولا يمين . ولا يضر الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجا عن البيع لغيره عرفًا . وللبائع إلزام المشتري بالبيع في المزايدة ، ولو طال الزمن أو انفض المجلس تبعًا للعرف .

**اللحظة التي يتم فيها التعاقد ويوجد العقد** : وقت تقابل الإيجاب - وهو العرض - مع القبول يوجد العقد ، وتترتب عليه آثاره فإن كان المتعاقدان في مجلس واحد فمكان وزمان العقد هو المجلس ووقت القبول ، وإن كان التعاقد بالتليفون أو بالتلغراف فينعقد متى أجاب الطرف الثاني بالقبول كتاجر في رشيد وآخر في أسيوط[3] أرسل إليه تلغرافًا ، يطلب خمسين أردبًا أرزًا بمئتى جنيه فرد تاجر رشيد بعنا ، ومرسلة بالسكة الحديد ، فقد تم البيع وقت أن قال الرشيدى : بعنا فلزم كلاً ما تعهد به ، وبالطبع لم يعلم تاجر أسيوط إلا بوصول الرد ولكن الرد لبيان الحال الذي تم عليه العرض هل قبل أم رفض ، لا لزوم البيع وانعقاده فقد انعقد . ولزم وقت القبول فيتحدد بوقت رد التلغراف وفيه الساعة والدقيقة واليوم[4] .

---

(1) قال الدردير عن صيغة العقد باعتبار كل « ما دل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين ، أو أحدهما » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 . وجاء في مواهب الجليل للحطاب ( 228/4 ) ينعقد البيع بما يدل على الرضا ، وإن بمعاطاة ، وذهب مالك « رحمه الله » وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول ، وقال ابن رشد في المذهب : اتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا ، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقًا ، ومنعه الشافعي مطلقًا ، وقال أبو حنيفة : ينعقد بها في المحقرات خاصة ، وإليه مال الغزالي . انتهى ملخصًا .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : « فإن قال المبتدئ بالمضارع أو بالأمر منهما أنا لم أرد بذلك إنشاء البيع ، وإنما قصدى الإخبار أو الهزل صدق بيمين ، فإن لم يحلف لزم البيع » . انتهى ملخصا من الشرح الصغير ( 2/3 ) .

(3) أسيوط : هي إحدى محافظات الصعيد ، تقع بين محافظتي المنيا وسوهاج وتنقسم إداريا إلى ثمانية مراكز أهمها أبو تيج والعاصمة أسيوط انظر : القاموس السياسي - لأحمد عطية ص 91

(4) قال الدردير عن الرضا : وبالتبادل : وإن كان ما يدل عليه معاطاة من الجانبين ، ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق ، بأن يدفع المشتري الثمن أو يدفعه له البائع ، وعكسه كاشتريتها فإنه ينعقد كما ينعقد بقول المشتري ابتداءً للبائع اشتريتها . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 .

فإن تأخر الرد وقتًا يمكن أن يصل فيه ولم يصل الرد بالقبول فللموجب التصرف فيما عرضه متى كان العرف التجاري لا يمنعه من ذلك ، كأن تأخر الرد يومين مثلًا ، وإنما على الموجب إخبار الطرف الثاني بسحب عرضه قبل أن يجيب المعروض عليه بالقبول ، ما دامت لم تمض المدة المتعارف عليها تجاريًا ثم يتصرف [1] .

ومتى قبل المعروض عليه انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ووجب في ذمته دفع ثمنه للبائع ، وضمان المبيع من المشتري إن لم يكن فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود فضمان ما فيه حق توفيه من البائع حتى تتم التوفية ، وإن كان قد دخل في ملك المشتري ، وفرق بين الملكية والضمان [2] .

وإن كان القبول بخطاب صح ، ووقت القبول هو وقت تحرير الكتاب ، فالكتاب دليل على حصول القبول وقت كتابته فوصوله لا يوجد القبول ، ولكن يؤيده ويثبت صدوره في وقت كذا . وعلى كل حال فمتى علم القبول مطابقًا للإيجاب تم البيع ولزمه من وقت الإيجاب ، فلو مات أحد الطرفين لزم ورثته ما التزم به فإن كان بائعًا لزمهم الوفاء بما باعه للمشتري ، وإن كان مشتريًا لزمهم دفع الثمن واستلام المبيع . وإن خرج أحد المتعاقدين عن أهلية التعاقد فما تم حال الأهلية ، فهو مؤاخذ به . فإن جن أو حجر عليه بعد القبول فقد تم البيع ، ولا

(1) يتفق الحكم بانتهاء الإيجاب إذا لم يصدر القبول فورا مع المادة 94 من القانون المدني المصري والمادة 79 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .

2 - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر في مجلس العقد » .

ويتفق حكم هذه المادة مع المادة 82 من التقنين العراقي ، والمادة 96 من التقنين الأردني ، وهما تنصان على : « المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس . فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك » . وتقابل المادة 46 من التقنين الكويتي . وتستند هذه المواد إلى النظرية التي أخذ بها الفقه الإسلامي في اتحاد مجلس العقد .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 18 ، 19 ) .

(2) راجع مذهب المالكية ، في افتقار العقد إلى إيجاب وقبول ، وفي لزوم البيع والعقود بصدور كل لفظ وإشارة مما يفيد الإيجاب والقبول .

التاج والإكليل جـ 4 ص 228 ، الشرح الصغير ص 2 ، وما بعدها مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 231 .

كلام لأحد فيه إلا إذا ثبت ما ينقضه شرعًا (1) .

ومكان البيع في حالة انعقاده بالكتابة هو مكان البائع وكأن هذا شرط ضمني مدخول عليه متى جرى العرف التجاري بذلك ، فإن التاجر الذي يبيع وهو في رشيد إلى آخر في أسيوط لا يريد أن يتقاضى في أسيوط محل إقامة المدعى عليه فيتحمل نفقات ومشقات لا داعي إليها ، وإنما باع على أن يكون التقاضي في دائرة عمل تجارته والتجار يشترطون هذا في معاملتهم وكمبيالاتهم فيزيدون ( والدفع والتقاضي محل ما يريد الطالب أو في محل إقامة الطالب ) ومتى وجد شرط عُمِل به في مثل هذا وإن لم يكن نص عُمِل بما تعارف عليه التجار .

## انعدام الإرادة :

يشترط في المتعاقدين التمييز (2) بأن يكون إذا كلِّم أحدهما بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه ، فالصبي غير المميز لصغر والمغمى عليه والمجنون والسكران بحلال أو عن جهل لا يلزمهم عقد ولا يصح منهم اتفاقًا (3) .

(1) يسقط التعبير عن الإرادة إذا كان من صدر منه أو وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الإيجاب والقبول . وهذا هو منصوص المادة 75 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ويختلف ذلك عما أخذ به المؤلف المتابع للمذهب المالكي في الحكم بمسؤلية من صدر منه التعبير عن الإرادة وهو كامل الأهلية ، ثم فقد هذه الأهلية قبل أن ينتج التعبير أثره القانوني . والمذهب المالكي جار على هذا الرأي ، انظر : الزرقاني 65/5 . وقد أخذ القانون المدني المصري بهذا الرأي ، وذلك فيما نصت عليه المادة 92 من هذا القانون . أما المشروع فقد أخذ برأي الجمهور وانتهى إلى عدم ترتب الآثار القانونية للتعبير إذا فقد الشخص أهليته فيما بين صدور الإيجاب والقبول . انظر : بدائع الصنائع : 228/5 ، 20/6 ومغني المحتاج 6/2 والمغني لابن قدامة 483/3 .

(2) اشتراط تمييز المتعاقدين هو منصوص المادة 95 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المواد 110 من القانون المدني المصري ، و 96 عراقي و 86 كويتي و 966 من المجلة العدلية و 269 من مرشد الحيران ، والمادة 96 من مشروع القانون المدني ، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا .

2 - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقًا للقانون .

(3) شرط صحة عقد عاقد البيع ، وهو البائع ، والمشتري التميز وهو إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه ، وأحسن الجواب عنه ، فلا ينعقد من غير مميز لصبا أو جنون .. الخرشي على مختصر خليل ( 8/5 ) .

والمراد بالسكر كل ما غيب العقل من مرقد أو مخدر أو مائع ، وأما السكران الذي عنده نوع تمييز فبيعه صحيح قطعًا لكنه لا يلزم ، لأن إرادته غير كاملة كسائر عقوده ، وإقراراته إلا في الطلاق والعتق والحدود والجنايات ، فتلزمه ؛ لأن الطلاق يجب أن يصان عن العبث ، والعتق قد شوق إليه المشرع ، والحدود ؛ لأن فيها حفظ النفس والعرض والمال وكذا الجنايات [1] .

وأما السكران بحرام ففي صحة عقوده وعدم صحتها تردد .

ويشترط عدم وجود خطأ مادي في الشيء المباع ولا خطأ في طبيعة نفس العقد ، فإن باعه حصانًا خاصًا فظن أنه باعه آخر فقبل ( وهذا يدخل في اختلاف المتبايعين [2] وسيأتي حكمه في الاختلاف في الثمن والمثمن ) أو باعه حصانًا فظن أنه وهبه له فلم تلتق الإرادتان في عقد واحد [3] فلا يصح .

والغلط لا يفسد البيع إن سمي باسم عام كبعني هذا الحجر أو هذا الفص أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة ، وهو يعلم شخص المبيع كأن يبيع هذا الحجر بدرهم فإذا هو ياقوتة تساوي ألفًا سواء أكان الغلط المذكور من المتبايعين أم من أحدهما مع

---

(1) في اشتراط التمييز عن المالكية لانعقاد العقد وأنه لا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر ليس بحرام ، وكذا بحرام إما اتفاقًا أو على المشهور انظر الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

(2) لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط موافقة القبول للإيجاب وتطابقهما ، أما إن زاد القبول على الإيجاب أو قيده أو عدل فيه اعتبر دلك رفضًا يتضمن إيجابا جديدا . وهذا هو منصوص المادة 82 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 99 من الأردني والمادة 43 من المدني الكويتي والمواد 177 – 180 من مجلة الأحكام العدلية وبدائع الصنائع 136/5 وحاشية ابن عابدين 4/3 .

(3) هذا هو منصوص المادة 99 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 107 من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة 108 من هذا التقنين التي تقول : المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز . أما المجنون غير المطبق فإن تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل » . وهو ما جاءت به المادة 128 من التقنين الأردني التي تقول :

1 – المعتوه هو في حكم الصغير المميز .

2 – المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل » . وتقابل المواد 978 ، 979 ، 980 من المجلة والمادة 269 من مرشد الحيران ، والمواد 88 ، 99 ، 100 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة 99 ) .

علم الآخر ، ومحل هذا إذا كان البائع غير وكيل وإلا فلموكله الرد قطعًا .

وإن سمى المبيع بغير اسمه كهذه الزجاجة فإذا هي زبرجدة أو بالعكس ثبت الرد قطعًا ، أما الإرادة فهي اتجاه النفس الداخلي إلى شيء معين ، ولا يعلمها أحد سوى صاحبها ، وإنما يعبر عنها بقول أو كتابة أو إشارة فالإرادة أمر داخلي في قرارة النفس والمعاملات والالتزامات يجب أن تكون مرتبة بما يعرفه المتعاقدان معًا ، فطريقة معرفة إرادة الطرفين هي ما أظهراه من شروط وبنود في تعاقدهما [1] .

فإن أخطأ أحد المتعاقدين في سبب التعاقد فلا يكون ذلك سببًا لبطلان العقد . والمراد بالسبب الباعث على البيع مثلًا . وأما السبب في عرف القانون الوضعي فهو غير الباعث لأن سبب البيع هو التزام كل طرف للآخر ، فالتزام البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته إليه والتزام المشتري بدفع الثمن هو السبب المباشر ، فإذا أخطأ أحد الطرفين في السبب المباشر فلا أدري كيف لا يبطل البيع ، وقد اختل ركن من

---

(1) تناولت المادة 106 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أحكام الغلط في التعاقد بما لا يخرج كثيرا عما جاء في المادة 121 من القانون المدني المصري ولفظها :

1 - يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدًّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

2 - ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص :

( أ ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

( ب ) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وقد تناولت أحكام الغلط في العقد المادتان 117 ، 118 من التقنين المدني العراقي . فالمادة 117 من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفًا على إجازة العاقد ، حيث تنص على ما يأتي :

1 - إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد .

2 - فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع . ولو بيع هذا الفص ليلًا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفًا على إجازة المشتري . وهذه المادة تطابق في حكمها المادة 301 من مرشد الحيران ، والمادتين 208 ، 310 من المجلة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 26 ) .

اتفاق الإرادتين [1] .

فلو اشترى بيتًا لسكناه فوجده لا يصلح للسكنى لأنه بعيد عن محل عمله ، أو لأنه في وسط لا يليق به أو لأنه لا يسع عائلته ، فهذا خطأ في السبب الباعث ، فلا يبطل البيع ولزم العقد .

وأما الخطأ في جوهر المادة المتعاقد عليها فيرجع إلى اختلاف المتبايعين في جوهر المبيع فإن اختلفا فيه تحالفا وفسخ البيع ، وسيأتي بيانه في محله ، فالخطأ ليس مبطلًا في ذاته ، وإنما قد ينتج الإلغاء عند الاختلاف .

---

(1) اختلف الفقهاء في تحديد ماهية السبب فمنهم من يعتبره ركنًا في الالتزام ومنهم من يعتبره ركنًا في العقد . ومنهم من يعتبره من عناصر الإرادة ، وهذا الرأي الأخير رغم صحته لا يفصل في الخلاف لأن السبب أيا كان وضعه يعتبر من عناصر الإرادة ؛ إذ الإرادة المعتبرة قانونا تتجه إلى التعاقد يحدوها غرض تهدف إليه أو باعث تتحرك بدافع منه ، والصحيح ما يراه فريق من أن للالتزام سببًا وللعقد سببا آخر ، فكل السببين يتميز عن الآخر . ويظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادة 194 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني إذ تقول : « يميز بين سبب الموجب وسبب العقد » كما نصت المادة 200 من هذا التقنين على « أن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل العاقد على إنشاء العقد وهو لا يعد جزءًا غير منفصل في العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وإن تكن من فئة واحدة » . ونصت المادة 201 من هذا التقنين على أنه « إذا كان سبب العقد غير مباح كان العقد باطلًا أصلًا » . كما يظهر هذا التمييز فيما نصت عليه المادتان 165 ، 166 من التقنين الأردني : فالمادة 165 من هذا التقنين تتحدث عن سبب الالتزام فتقول :

1 - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

2 - ويجب أن يكون موجودًا وصحيحًا ومباحًا غير مخالف للنظام العام أو الآداب » .

والمادة 166 من هذا التقنين تتحدث عن سبب العقد فتقول :

1 - لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه .

2 - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك ( م 305 من مرشد الحيران ) فسبب الالتزام الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فهو عنصر موضوعي ، وداخل في العقد ، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود . أما سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد ، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام التصرف . وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص إلى آخر فيتغير في النوع الواحد من العقود . فهذا يبيع ؛ لأنه في حاجة إلى مال ينفقه في أغراض معيشته ، وذاك يبيع ؛ لأنه يريد أن يشتري بالثمن شيئًا آخر . وفي هذا يختلف سبب العقد عن سبب للالتزام . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 35 ) .

## بند [ 76 ] مادة التعاقد

**القانون الفرنسي** : نظريًا مادة التعاقد هي الالتزام ، ومع ذلك فقد عرفها القانون المدني في المادة 1126 بقوله ( مادة التعاقد توجد في شيء مادي أو فعل شيء أو امتناع عن عمل ) ، وهي أقرب إلى مادة الالتزام منها إلى مادة التعاقد .

حالة وجود مادة التعاقد في شيء مادي : الشروط الواجب تحققها إذا كانت مادة التعاقد شيئًا تعهد أحد الطرفين للآخر بنقل ملكيته أو باستعماله أو بوضع اليد عليه فيجب لوجود التعاقد ثلاثة شروط :

**أولًا** : يلزم وجود الشيء المتعاقد عليه وقت التعاقد ، فإذا تلف وقت التعاقد كلية لم يوجد عقد ، ومع ذلك يجوز بيع شيء يوجد مستقبلًا كبيع مزروع قبل تمام نضجه ، فلا يجوز التعاقد في شيء يختص بميراث مستقبل حتى ولو رضي المورث نفسه بذلك .

**ثانيًا** : يلزم وجود الشيء المتعاقد عليه في السوق ليمكن التعاقد على بيعه ، فإذا كان الشيء المبيع غير قابل للتملك أو كان من الحقوق العينية المتعلقة بشخص خاص فلا يكون محلًّا للتعاقد ، كذلك أملاك الدولة العامة ، حيوانات مصابة بمرض معد ، حالة الشخص المدنية ، أهلية الشخص ، الوظائف العامة ، كل هذا ليس محلًّا للتعاقد .

**ثالثًا** : يلزم أن تكون المادة المتعاقد عليها محدودة على الأقل في نوعها ، فبيع حيوان أيًا كان لا يصح .

حالة ما إذا كانت المادة محل التعاقد عملًا أو امتناعًا ، وفي هذه الحالة لا ينعقد الكنتراتو إلا إذا تحققت [1] ثلاثة شروط : إمكانه ، قانونيته ، منفعة الدائن .

**أولًا** : يلزم أن يكون العمل أو الامتناع ممكنًا ، فيجب أن لا يكون مستحيلًا استحالة عامة مطلقة لا استحالة خاصة بالنسبة للمدين .

**ثانيًا** : يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه قانونيًا ، فيجب أن لا يكون ضد القانون ، ولا ضد الآداب العامة .

**ثالثًا** : يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه مفيدًا إلى الدائن ، وإلا فلا يحق

---

(1) في الأصل : [ تحققت ] .

للدائن طلب تعويض عند عدم التنفيذ للالتزام الناتج عن التعاقد ؛ لأنها مرتبطة بوجود الفائدة للدائن [1] .

## بند [ 77 ] التشريع الإسلامي

**مادة التعاقد** : هي ما اتفق الطرفان المتعاقدان على تحصيله ، فعقد البيع الذي تم لمشتري بيت أو دابة نظير مبلغ كذا اتفق البائع فيه على تمليك البيت أو الدابة نظير الثمن ، واتفق المشتري على بذل الثمن من جانبه نظير الحصول على المبيع ، فيمكن أن يقال إن مادة التعاقد هي الثمن والمثمن .

فشروط صحة العقد لتمليك ذات أو منفعة في الثمن والمثمن خمسة :

1 - أن يكون طاهرًا أو يمكن تطهيره ، واختلف في روث الدواب وزبل الحمام ، والعذرة والدم ولحم الميتة وجلدها وزيت تنجس وثوب نجس إلخ فقال بعض المتشرعين بالمنع وبعضهم بالإباحة وبعضهم قيد الإباحة بالضرورة ، فإن [2] دعت إليها ، واستعملها الناس في سماد زرع أو في تزييت آلة ، أو فيما هو لازم لصناعة مثلًا جاز البيع .

2 - أن يكون الانتفاع به انتفاعًا شرعيًا من مقاصد العقلاء ، فلا يصح بيع ما بلغ حد النزع من الحيوان بحيث لا يدرك بذبح لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به [3] . وأما الحيوان المريض فلا مانع من بيعه على أنه مريض مالم تنزل به أسباب الموت ، فإن كان ينتفع به لسماد أو غيره ففيه الخلاف السابق [4] .

---

(1) انظر : البنود من 1126 إلى 1130 ، في الفصل الثالث ، من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 251 ، 252 .

(2) اشترط المالكية وغيرهم الطهارة لصحة العقد ؛ فلا يصح بيع نجس ، ولا متنجس لا يمكن تطهيره كدهن تنجس . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 ومواهب الجليل جـ 4 ص 258 والتاج والإكليل جـ 4 ص 258 .

(3) نص المالكية على أنه لا يباع محرم الأكل إذا أشرف على الموت لعدم النفع به . الخرشي على مختصر خليل ( 15/5 ) .

(4) قال الدردير : في شروط صحة المعقود عليه « وانتفاع به شرعًا فلا يصح بيع آله لهو » . وكذلك النجس المنتفع به ، كزبل الناس والحيوان ففيه الخلاف . قال المواق : قال ابن يونس : كره مالك بيع العذرة وهي رجع الناس ليزبل بها الزرع أو غيره ، قال ابن القاسم ولا بأس بأكل ما زُبل بها قال : لم أسمع من مالك في زبل الدواب شيئًا إلا أنه عنده نجس ، ولا أرى أنا ببيعه بأسًا . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 258 .

3 - غير منهي عن بيعه [1] ، ويدخل فيه كل شيء لا حق للشخص في التعاقد عليه كأملاك الدولة ، وحالة الشخص المدنية والوظائف العامة ، والمغصوب [2] ، وبيع النجس إلخ [3] ، وإن كان بعض الفقهاء يقصره على نوع معين من التعاقد [4] .

4 - مقدورًا على تسليمه [5] فلا يجوز بيع سمك في البحر ولا طير في الهواء ، ولا وحش في الفلاة ، وأما ما كان مقدورًا على تسليمه بمشقة فلا مانع من بيعه كالبقر والجاموس الذي يترك في المرعى ليلًا ونهارًا بلا ربط ، فيجفل [6] من الناس ، ويمكن إمساكه ، ولكن بمشقة فيجوز بيعه . ولا يباع عبد آبق ولا حيوان شارد لعدم القدرة على التسليم [7] . فإن كان الحيوان والعبد تحت يد سلطان ظالم أو شخص مشهور بالعداء ، وكان في استخلاصه خصومة ونزاع فلا يجوز بيعه لعدم القدرة على تسليمه إلا بخصومة وهو منهي عنه [8] .

5 - عدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ، ولا القدر ولا الصفة [9] فلا يجوز البيع على البت بما يظهر من السعر بين الناس اليوم أو غدًا . وأما بيع الصبرة ( الكوم ) المجهولة القدر كل صاع بكذا فهو بيع صحيح [10] .

(1) « نص المالكية على أن مما يشترط في المعقود عليه ألا يكون منهيا عن بيعه فيجوز بيع ما لم ينه عن بيعه لا مانهي عنه » مواهب الجليل ( 267/4 ) .

(2) مواهب الجليل ( 268/4 ) .

(3) جاء في الشرح الصغير قوله : « فلا يباع كزبل لنحو حمار لنجاسته ، فأولى عذره ، ودم ، ولحم ميتة ، وجزم بعضهم بجواز بيع الزبل للضرورة » الشرح الصغير ( 4/3 ) .

(4) قال الدردير : في شروط صحة المعقود عليه عدم نهي عن بيعه لا ككلب صيد .

وقال المواق : وعدم نهي قال ابن شاس : في معنى مالا منفعة فيه : ما كانت فيه منفعة إلا أنها محرومة بالشرع إذ المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، التاج والإكليل للموّاق جـ 4 ص 267 .

(5) قال ابن عرفة : يطلب في المعقود عليه أن يكون مقدورًا على تسليمه . التاج والإكليل ( 268/4 ) .

(6) جفل : والجفول سرعة الذهاب والندود في الأرض يقال : جفلت الإبل جفولًا إذا شردت . لسان العرب مادة جفل 643 .

(7) انظر : التاج والإكليل (268/4) حيث جاء قوله : بيع الآبق ، ولو قربت غيبته ممنوع ، وكذا الشّارد ، وما نَدَّ ، وضل .

(8) ذكر الدردير : في شروط صحة المعقود عليه والقدرة على تسليمه لا طير في الهواء ولا وحش في الفلاة . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، مواهب الجليل للحطاب جـ 4 ص 267 ، 268 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 268 .

(9) نقلًا عن الشرح الصغير ( 4/3 ) .

(10) ذكر الدردير من شروط صحة المعقود عليه عدم الجهل به فلا يصح بيع مجهول الذات ولا القدر ولا الصفة . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 268 .

فَعِلم الجملة والتفصيل يصح به العقد وجهلهما يبطله ، وجهل الجملة فقط مع العلم بالتفصيل يصح وجهل التفصيل مع العلم بالجملة يصح .

## بيع الحب في سنبله أو القت أو التبن :

أحوال بيع الزرع خمسة ؛ لأنه إما قائم أو غير قائم ، وغير القائم إما قت وإما منفوش ، وإما في تبن وإما مخلَّص ( مذرَّى ) [1] .

والبيع إما للحب وحده وإما للسنبل بما فيه من الحب ، فإن كان المبيع الحب وحده ، فيجوز بالكيل في الأحوال كلها ، ويجوز جزافًا من المخلَّص فقط دون غيره .

وإن كان المبيع السنبل بما فيه من الحب جاز بيعه جزافًا في القت ، والقائم دون المنفوش ودون ما في تبنه ما لم يكن رآه وهو في سنبله قائمًا وحزَرَه ، وإلا جاز فيهما ، ويستثنى من معرفة القدر تحديدًا الجزاف ، وهو بيع مكيل أو معدود أو موزون جملة واحدة ( كومة واحدة ) بالشروط الآتية :

( 1 ) أن يراه المشتري حال العقد .

( 2 ) ولم يكثر المبيع جزافًا ( جملة ) جدًّا بحيث يتعذر تقديره تقريبًا .

( 3 ) أن يجهل المتعاقدان قدره تحديدًا .

( 4 ) أن يحرزاه بالفعل ( أي يقدراه بالفعل ) كخمسة أرادب مثلًا .

( 5 ) وأن تكون أرضه الموجود عليها مستوية لا مرتفعة ولا منخفضة .

( 6 ) ولم يمكن عده بلا مشقة .

( 7 ) ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه ، وألا يتعاقدا عليه مع مكيل .

فمتى اجتمعت هذه الشروط في صبرة ( كومة ) كقمح مثلًا صح بيعه جزافًا بدون كيل .

ويجوز بيع القمح بعد يُبسه في سنبله قبل حصاده ، وبعده في قته إذا لم يتأخر

---

(1) قال الدردير : فالحاصل أن للزرع خمسة أحوال قائم بالأرض ، وغير قائم ، وغير القائم إما قش وإما منفوش ، وإما في تبنه في الجرين وإما خالص بعد التذرية ، فبيع الحب خاصة جائز في الجميع إن وقع بكيل وبيعه بقشه يجوز جزافًا فيما عدا المنفوش ، وكذا بيع الصبرة جزافًا بشروط الجزاف . الشرح الصغير جـ 3 ص 8 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 275 .

تمام حصده ودرسه وذره أكثر من خمسة عشر يومًا [1] .

ولا يجوز بيع الزرع قبل بُدوِّ صلاحه [2] إلا أن يكون مرادًا لذلك ، وسيأتي تفصيله . وأما وجود الثمن والمثمن بالفعل وقت التعاقد فليس بشرط لجواز البيع سلمًا كأن يبيع عشرين قنطارًا قطنًا بمبلغ معين لكل قنطار على أن يسلمها للمشتري في أكتوبر مثلًا ، وكان البيع في يناير ، أو يتعاقدا على بيع ثور مثلًا بيعًا باتًّا الآن بعشرة أرادبِ أرزًا يابانيًا مؤجلة إلى سبتمبر موسم الأرز فالعقد صحيح فيهما [3] .

فإن كان التعاقد الآن على شيء يسلم الآن فيجب وجود هذا الشيء وقت التعاقد ليصح البيع ، فإن كان البيع على رؤية سابقة على وقت العقد جاز البيع [4] وصح بشرط ألا يتغير المبيع عادة بعد الرؤيا إلى وقت العقد . فإن كان يتغير بعدها ، فلا يجوز البيع على البت بل يجوز على خيار الرؤية . فإن لم تدرك الصفقة المبيع في البيع البات لم ينعقد ما دام على شيء بعينه ، فإن تلف بعضه فالمشتري بالخيار كما سيأتي في البيع [5] .

---

(1) صحح الدردير بيع الجزاف بشروط سبعة هي :
1 - رؤيته حال العقد أو قبله ، أو استمراره على حاله لوقت العقد .
2 - ولم يكثر جدًّا . 3 - وجهلا قدر كيله .
4 - وحزراه أي خمّنا قدره عند إرادة العقد عليه . 5 - واستوت أرضه .
6 - وشق عده . 7 - ولم تقصد أفراده بالبيع .
الشرح الصغير جـ 3 ص 9 ، 10 .

(2) وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه ( عليه الصلاة والسلام ) أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها ، وحتى تزهي . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة ذكرها ابن رشد في بداية المجتهد ( 149/2 ) .

(3) قال ابن عبد البر : ولا يجوز بيع ثمرة في رؤوس النخل ، والشجر على الترك إلى الجذاذ والقطاف حتى يبدو صلاحها . الكافي لابن عبد البر ص 332 ، وقال ابن عسكر « لا تباع الثمرة قبل زهوها إلا مع أصلها أو على القطع » . إرشاد السالك إلى أشرف المسالك ص 94 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 149 .

(4) وجاز على رؤية بعض المثلى . الشرح الصغير ( 11/3 ) .

(5) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 431 من القانون المدني المصري ، والمادة 397 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونصها : « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التي كان عليها وقت البيع » ، وهو ما يتفق مع المادة 489 من التقنين الأردني ، والمادة 467 من التقنين الكويتي . انظر في الفقه الإسلامي : م 18 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي تنص على أنه « إذا وجد المشتري المبيع على غير ما رآه أو وصف له فله الفسخ على التراضي ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 130 ) .

فإن كان المبيع زرعًا قبل نضجه يعني بدو صلاحه فلا يجوز بيعه للغرر ؛ لأنه يجوز أن يَسْلم [1] ويستوي ويجوز ألا يسلم ، وأما الميراث المستقبل الذي لم يستحق فلا يجوز بيعه ، ولا التعاقد عليه ؛ لأنه لم يملك بعد ، وفيه غرر لجواز أن يموت الوارث قبل مورثه فالتصرف فيه باطل ولو رضي المورث .

ويشترط في الثمن والمثمن أن يكون قابلًا للتملك شرعًا كما سبق .

فإن كانت المادة في التعاقد عملًا أو امتناعًا فيجب إمكان العمل عادة أو عرفًا ، فمن تعاقد على الصعود إلى السماء أو السير على الماء بلا سبب ، فلا ينعقد التعاقد يعني يقع باطلًا ، فإن كان مستحيلًا بالنسبة لأحد الطرفين ممكنًا للآخر صح كالاتفاق مع غواص مهنته كذلك لإستخراج ما في سفينة غرقت .

ويجب ألا يكون العمل أو الامتناع غير شرعي كالاتفاق على سرقة أو قتل ، فلا يجوز ، ولا ينعقد ، وكالاتفاق على إنكار شهادة حق أي الاتفاق على الامتناع من أدائها فهو اتفاق باطل ، وكذلك الاتفاق على عمل يخالف الآداب العامة أو الدين فهو اتفاق باطل . ويجب أن يكون العمل أو الامتناع عنه مفيدًا لأحد المتعاقدين الطالب له إفادة تدخل في تقدير العقلاء مطابقة لقواعد الشرع .

## بند [ 78 ] السبب

**القانون الفرنسي** : السبب في الالتزام هو الغرض المباشر والملحوظ الذي يقصده المدين عن الالتزام فالسبب يختلف باختلاف العقود ، ففي العقود الملزمة للطرفين يستعمل التزام أحدهما للآخر سببًا في تعاقدهما ، فالتزام أحدهما سبب لعقد الآخر .

---

(1) مسألة بيع الثمر على الزرع قبل بدو صلاحه من المسائل التي شهر الخلاف فيها بين الفقهاء ، وقد روي « أنه ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، كما نهى عن بيع العنب حتى يسودّ وعن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع الثمرة حتى تزهى وتنضج باتخاذها اللون أو الشكل الدالّ على هذا النضج ، وعلّل حديث النبي ﷺ لذلك بقوله ﷺ أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال صاحبه ؟ » ( نيل الأوطار : 275/5 ) واتفاق الفقهاء على الحكم ببطلان بيع الثمرة قبل تخلقها ، كما اتفقوا على صحة بيع ما تخلق منها ولم يبد صلاحه إذا اتفق العاقدان على قطع الثمرة في الحال ، كما اتفقوا على بطلان هذا البيع إذا جرى الاتفاق على ترك الثمرة إلى حين بدو صلاحها . راجع هذا في المغنى لابن قدامة 74/3 وبداية المجتهد 122/2 وبدائع الصنائع 139/5 وفتح القدير 105/5 وتبيين الحقائق 12/3 والمبسوط للسرخسي 197/12 .

## الفرق بين السبب والباعث :

السبب هو الغرض المباشر للتعاقد الذي يقصده الملتزم ، والباعث هو الغرض البعيد ، أو السبب هو المقصد القانوني أو مجرد الالتزام ، والباعث هو المقصد المركب ، فسبب البيع مثلًا هو التزام المشتري دفع الثمن للبائع ، وسبب المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية العين المبيعة للمشتري . أما الباعث على البيع فهو احتياج البائع لنقد يسد به دينًا أو تصفية تجارية مثلًا ليعمل عملًا آخر أو لضرورة السفر والتحول وهكذا . وينتج عمليًا :

1 - أن السبب في جميع العقود التي من طبيعة واحدة هو واحد بينما أن الباعث في كل عقد منها يختلف عن الآخر كما عرف سابقًا .

2 - عدم وجود السبب أو السبب الخادع ، أو غير القانوني يوجد إلغاء العقد بينما أن عدم وجود الباعث أو الباعث الخادع ، أو الباعث غير القانوني لا يؤثر على العقد .

## الفرق بين مادة التعاقد وسبب التعاقد :

فمادة التعاقد هي ما التزم المتعاقد بأدائها إلى الطرف الآخر كمنزل في عقد بيع منزل ، وسبب التعاقد ما تعاقد كل منهما على أدائه للآخر كالثمن في عقد البيع ، ونقل ملكية المبيع فيه ، فالمادة في عقد البيع هي الشيء المبيع ، والسبب في البيع هو الالتزام المتقابل .

## إلغاء العقد لانعدام سبب التعاقد :

لا يكون التعاقد موجودًا أو يكون لاغيًا إلغاء عامًّا متى انعدم السبب ، أو كان سببًا خاطئًا أو غير قانوني .

الالتزام بغير سبب : في العقود الملزمة للطرفين كالبيع لا توجد إذا انعدم السبب فإذا انعدم الشيء المبيع وقت البيع وبالتالي انعدم السبب ؛ لأن السبب فيه تعهد البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ، ولا مبيع [1] فلا بيع .

وفي العقود الملزمة لطرف واحد ، فإن كان سبب التعاقد غير ممكن وجوده كان العقد باطلًا كمن تعهد بسداد دين غير موجود أو كان مسددًا .

فإن تصالح الطرفان في موضوع نزاع أمام القضاء جاهلين صدور حكم قضائي في

---

(1) في الأصل : [ مباع ] .

نفس الموضوع كان عقد الصلح غير صحيح لانعدام السبب ، وللخطأ في السبب .

والفرق بين السبب الخاطئ والسبب المصطنع أن السبب المصطنع ما اتفق الطرفان على عدم ذكره في نص التعاقد بينهما ، ولا يوجد إلغاء التعاقد هو نفسه .

فإذا ذكر المتعاقدان أسبابًا خاطئة وأسبابًا صحيحة في عقد واحد صح العقد متى كان السبب حقيقيًا وقانونيًا .

## السبب غير القانوني :

يكون السبب غير قانوني متى كان ممنوعًا بنص القانون ، أو كان مخالفًا للنظام العام أو للآداب . وهو يفترض اختلاط السبب غير القانوني مع مادة التعاقد غير القانونية كاتفاق وسيط في الزواج بين خطيبين على أن يكون له جزء نسبي بما في المهر متى تم الزواج فتم ، فالعقد باطل والزوجان غير ملزمين بتنفيذ هذا التعاقد ، وللواسطة تعويض فقط تقدره المحكمة ، والاتفاق على إيجاد منزل للدعارة غير قانوني ، والهبة والوصية لسبب غير قانوني ليست باطلة ؛ لأن السبب غير القانوني مجهول لغير الطرفين .

ويرى بعض المتشرعين أن السبب غير القانوني في مثل هذه العقود يمكن تحديده ومعرفته في الحامل على هذا التبرع بهبة أو وصية ، وبذلك يمكن إلغاء الوصية والهبة متى ثبت أن السبب والحامل للواهب غير قانوني ، وهو الجاري عليه العمل كالهبة لخليلة ( صديقة ) نظير متعة حاضرة أو ماضية أو مستقبلة فهي لاغية .

ودليل السبب يعلم من العقد متى كان منصوصًا عليه فيه ، فإن لم يَدُل على شيء فالرأي الغالب بين العلماء المتشرعين أن العقد غير المسبب يكون دليلًا كاملًا للالتزام ، ما عدا أنه يجوز للمدين إثبات عدم وجود سبب ، أو أن السبب غير قانوني أو أنه سبب خاطئ .

نظرية السبب وجدت في القانون الإيطالي والأسباني ، وحذفت من القانون السويسري والألماني [1] .

### بند [ 79 ] السبب

**التشريع الإسلامي** : ما التزم به البائع هو السبب فيما التزم به المشتري ، فالتزام

(1) انظر : البنود من 1131 إلى 1133 ، في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 252 .

أحد المتعاقدين هو السبب فيما التزم به الثاني ، ومعنى السبب في لغة التشريع الإسلامي هو الرغبة من كلا الطرفين في امتلاك العوض أو المعوض ، ويعبر عنها الطرفان بالإيجاب والقبول يعنى العوض والمعوض ، فإذا بعتك بيتًا في مقابل 100 جنيه فسبب بيعي المباشر تعهدك بدفع المائة جنيه ، وسبب قبولك دفع المبلغ رغبتك في تملك البيت ، فيقال إذًا : السبب في التعاقد من الطرفين سبب شرعي صحيح لأن الثمن والمثمن في هذا المثال يصح التعاقد عليهما شرعًا لاستيفائهما الشروط الشرعية من ( طهارة ، وانتفاع به ، وكونه مباحًا ومقدورًا على تسليمه ، وكونه غير منهي عنه ، وعدم جهل به [1] ) .

فإذا تقرر هذا علمنا أن تسمية العوضين في عقد معاوضة بالسبب تسمية اصطلاحية عند الوضعيين ، ولهذا حذفتها بعض القوانين ومنها القانون الألماني ، وهو أحدث التشريعات المدنية في أوربا [2] .

فإذا كان عقد العوض كالبيع والإجارة مثلًا فقدَ العوض أو المعوض وقع باطلًا لأنه فقد ركن وجوده ، فمن باع لاشيء بمبلغ معين أو باع بيتًا بلا شيء وقع البيع باطلًا [3] لعدم وجود أحد أركان البيع [4] . فإن كان العوض غير شرعي كاستئجار صديقة بكذا كل شهر أو استئجار منزل بخمر أو خنزير أو استئجار شخص لقتل آخر كان العقد فاسدًا ، ولا تترتب عليه آثاره من الوفاء بالالتزام طوعًا أو جبرًا بالقضاء .

فإذا انعدم المبيع المعين على البت وقت العقد بطل البيع ؛ لأن ركنه فُقد وهو

---

(1) أجمل الدردير شروط صحة المعقود عليه في طهارته ، وانتفاع به شرعًا وعدم نهي عنه ، وقدرة على تسليمه ، وعدم جهل به . الشرح الصغير جـ 3 ص 4 .

(2) تناولت المواد 124 ، 125 ، 126 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية أحكام السبب الباعث على الالتزام في التعاقد على النحو الذي سلفت الإشارة إليه وإلى مكانته الملحوظة في الفقه الإسلامي الذي يعترف بأثر القصود والنوايا على أساس من الاعتبارات الخلقية والدينية . انظر هذا في مصادر الحق في الفقه الإسلامي لعبد الرزاق السنهوري : 53/4 - 86 .

(3) قال الدردير البيع عقد معاوضة ، ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ، وخرج بقيد المعاوضة الهبة والوصية والمعاوضة مفاعلة ، إذ كل من البائع والمشتري عوّض صاحبه شيئًا بدل المأخوذ منه . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 3 ص 5 .

(4) قاعدة : من باع لا شيء بمبلغ معين أو باع بيتًا بلا شيء وقع البيع باطلًا .

المبيع [1] . وأما اتفاق وسيط في الزواج فهو عقد إجارة على عمل ، ويشترط أن يكون الأجر معلومًا والعمل محدودًا ، وأن يكون العمل مفيدًا لمن تعاقد عليه فائدة معتبرة شرعًا ، فإن توفرت هذه الشروط ، وكان مقصد الوسيط عدم التأثير بحق ، وبباطل على أحد الطرفين ، ولم يقصد غش أحد منهما حل له أخذ الأجر المحدد كخمسة جنيهات ، أو عشرة جنيهات لا بجزء من المهر ؛ لأن المهر كان مجهولًا للمتعاقدين وقت التعاقد .

ولا يبحث عن السبب الحامل على الهبة والوصية ؛ لأن حال المسلم محمول على الصلاح . فإن علم السبب فيهما ، وكان غير شرعي بطلتا ، فإن وهب لصديقة نظير متعة شهوانية أو أوصى لشاب علم سوء سيرته مع الموصي فإن العقد بينهما لا يجوز فهو فاسد ، فإذا كان البيع لجارية للرقص أو الغناء أو لعنب لعصره خمرًا أو لأرض لبنائها حانة أو بيت دعارة لا يجوز وهو فاسد ؛ فمن بابٍ أولى الهبة والوصية إذا كانتا كذلك [2] .

ومتى كان سبب التعاقد غير مذكور في العقد أو أمام شهود فالعقد صحيح في الظاهر ، يجب القضاء بمضمونه ، إلا إذا أثبت من له الحق أن السبب في الالتزام غير صحيح أو غير شرعي ، فيعمل إذن طبق المنصوص عليه شرعًا .

---

(1) اشترط المالكية وغيرهم وجود المعقود عليه وأن يكون منتفعًا به فلا يصح بيع مالا منفعة فيه ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . التاج والإكليل جـ 4 ص 263 ، ص 267 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 263 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 4 .

(2) قال المواق : الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة . وقال ابن عرفة : الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض . مواهب الجليل جـ 6 ص 49 ، وراجع في ذلك بداية المجتهد جـ 2 ص 329 .

## ( نتيجة المقارنات من بند 70 إلى نهاية بند 79 )

### يتفق التشريعان فيما يأتي :

الالتزامات ومآخذها ، التعاقد ( الكنتراتو ) ، البيع يتم بالتعاقد وتنتقل ملكية المبيع بمجرد التعاقد ، ترتيب التعاقد ، عقد القبول ، عقود العمل ، شروط وجود وصحة العقود ، إرادة المتعاقدين ، العرض والقبول ، لحظة إتمام العقد ، مكان انعقاد العقد ، مادة التعاقد وشروطها ، بيع الحب في سنبله أو القت أو التبن ، بيع الميراث قبل قبضه ، السبب إلغاء العقد لانعدام سببه ( الثمن أو المثمن ) ، السبب غير القانوني .

### ويختلف التشريعان فيما يأتي :

بيع نظير ترتيب معاش مدى الحياة باطل شرعًا وجائز وضعًا ، القرض والهبة والصدقة تملك بالعقد شرعًا ، وإن لم تقبض ولا يتم إلا بالقبض وضعًا ، عقد التأمين على الحياة باطل شرعًا وجائز وضعًا .

## بند [ 80 ] العقود العلنية

**القانون الفرنسي** : المحقق في التشريع الحديث أن الالتزامات تتم وتوجد وتنعقد بإرادة المتعاقدين فقط ، ولكن لبيان شروط العقد يتعين تحريرها ، ولتكون دليلًا عند إنكار التعاقد فقط حتى إنه يمكن إثبات التعاقد بالاعتراف واليمين ، ولكن استثنى القانون بعض العقود فاشترط لوجودها أن تكون علنية وهي :

1 – الزواج : فيجب حضور مسجل العقود المدني المختص .

2 – التبني : الذي يفرض تدخل القضاء .

3 – عقد ترتيب أموال الزوجين الذي يجب أن يكون بمعرفة مسجل العقود .

4 – الهبة . 5 – عقد الرهن .

6 – حلول شخص دائن محل دائن آخر أقرض مدينه ما عليه لهذا الدائن فدفعه له وحل محله .

7 – حلول شخص محل الراهن أو تنازل الزوجة عن زوجها في الرهن القانوني .

في جميع هذه العقود ما عدا الأول والثاني تتحقق العلنية فيها بحضور مسجل العقود وتحريرها بمعرفته ، وجعلها القانون علنية لخطورتها ، فوضع القانون مع المتعاقدين رجلًا مجربًا خوفًا من الغش والتحايل فيها ، وجعل القانون عقاب من خالفه في العلنية في هذه العقود عدم وجودها فلا تترتب عليها آثارها [1] .

## بند [ 81 ] التشريع الإسلامي

المحقق في التشريع الإسلامي منذ 1362 سنة أن الالتزامات تتم وتوجد وتنعقد بإرادة المتعاقدين [2] ، ولكن من باب الاحتياط من نسيان أو لخوف الإنكار أو الاختلاف في شروط التعاقد يتعين الإشهاد في بعضها ، ويستحب في البعض

---

(1) انظر : بند 63 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الأولى ، والبندين 353 و 358 في الفصل الثاني ، من الباب الأول ، من الكتاب الثامن من المقالة الأولى ، وبند 1399 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الخامس من المقالة الثالثة ، وكذلك بند 931 ، في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثاني ، من المقالة الثالثة وبند 2074 ، في الباب الأول من الكتاب السابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي .

(2) راجع تعريف الفقهاء للعقد بأنه ما يتوقف على إيجاب وقبول . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 3 ص 5 .

الآخر ، فإن ألزمه ولي الأمر لزم ووجب العمل به [1] .

هذه دعواهم من قولهم : ( المحقق في التشريع الحديث أن الالتزامات تتم ، وتوجد بإرادة المتعاقدين إلخ [2] ) ياللّه من قول الزور ودعوى الباطل ، وعدم الاعتراف بالحق والفضل لأهله ، وذكر التشريع الإسلامي صاحب المبادئ الحديثة العادلة التي توافق كل عصر ، تشريع كان منتشرًا من نهاية قارة أفريقيا شمالاً وجنوبًا ، ومن آخر الهند شرقًا وبقية آسيا شمالاً وجنوبًا ، ومن جنوب أوروبا إلى ثلثيها شمالاً بما في ذلك النمسا [3] والمجر [4] وبلاد البلقان ، وجنوب روسيا [5] وأسبانيا [6] والبرتغال [7] ، وأكثر أرض فرنسا ، جميع هذه البلاد كانت تحكم بالتشريع الإسلامي ، ويعمل فيها بقوانينه ، وتنشر قواعده في العدالة بين الناس ، وقد عرفها كل العالم ، ويمضي على ذلك في نفس بلاد أوربا الغربية ستمائة سنة وأوربا الشرقية لا تزال للآن ، كل هذا ولا يذكر له اسم ، ولا أنه عنه أخذ المشرعون الحديثون ، لماذا ؟! كان الواجب إنصافه حتى علميًا ، أو حتى تاريخيًا !!

(1) الأمر بالإشهاد والكتابة في آية المداينة من سورة البقرة . (2) قاعدة : الالتزامات تتم وتوجد بإرادة المتعاقدين .

(3) النمسا : قامت جمهورية النمسا الفيدرالية على أنقاض الإمبراطورية النمساوية المجرية التي انهارت إثر الحرب العظمى في عام 1919 ، والنمسا اليوم دولة عديمة السواحل تقع في قلب أوروبا . تعتمد النمسا في 90 ٪ من استهلاكها الداخلي على إنتاجها الزراعي وعاصمتها فيينا . ( القاموس السياسي لأحمد عطية ص 1624 ) .

(4) المجر : جمهورية المجر الشعبية دولة أوروبية عديمة السواحل تقع في وسط أوروبا الشرقي ، كانت وما زالت الزراعة تحتل المركز الأول في اقتصاديات المجر ، تبلغ مساحة الأرض الزراعية 61.5 ٪ من مجموع المساحة . اشتركت المجر في غزو روسيا عام 1941 ولكنها لم تلبث أن انسحبت عام 1943 .. ( القاموس السياسي عطية ص 1409 ) .

(5) روسيا : جمهورية روسيا السوفيتية بمثابة الجمهورية الأم بالنسبة لاتحاد الجمهوريات السوفيتية ، فهي تشمل 6.99 م.م.م . أي نحو 76 ٪ من مساحة الاتحاد ، وحيث يبلغ عدد السكان 133.7 ( تقدير عام 1975 ) أي نصف عدد سكان الاتحاد أو أكثر ، أربعة أخماسهم من الروس والباقي يمثلون نحو 35 جنسية مختلفة ، والعاصمة موسكو .. ( القاموس السياسي لأحمد عطية ص 714 ) .

(6) أسبانيا : تحتل أسبانيا الجزء الأكبر من شبه جزيرة أيبريا تجاورها البرتغال ، وتفصلها جبال البرانس عن فرنسا وبوغاز جبل طارق عن المغرب ، تبلغ مساحتها 694 ألف م.م . وعدد سكانها 33.8 م.ن . ( تقدير عام 1970 ) تعتمد اقتصادياتها على الزراعة . والعاصمة مدريد . ( القاموس السياسي لأحمد عطية ص 66 ) .

(7) البرتغال : تقع جمهورية البرتغال في الطرف الجنوبي الغربي للقارة الأوروبية ، تطل غربًا وجنوبًا على المحيط الأطلسي . المساحة 36 ألف م.م . ويعتمد اقتصاد البرتغال على الزراعة وبعض الصناعات الزراعية . كانت البرتغال دولة ملكية حتى عام 1910 . وكان نظام الحكم يقوم على أساس دستور 1933 ( المعدل 1959 ) بانتخاب مجلس وطني ، كانت البرتغال دولة استعمارية حتى 1971 . ( القاموس السياسي لأحمد عطية ص 234 ) .

كلَّا ، وكأنه إجماع سكوتي من جميع متشرعي أوربا ، إن هذا وحده يحمل الدليل القاطع على تضافر جميع هذه القوى قوى الشر والباطل على مناهضة الإسلام أنَّى وجد حتى ولو اسمًا ، وحتى ولو أخذت عنه أحدث القواعد في التعامل ، وحتى لو هدى الناس من الضلال والغي إلى صراط مستقيم ، إن الدين لله وحده يحفظه ويهدى إليه من يشاء ويضل من يشاء له الملك ومن في الملك ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ﴾ (1) لا شريك له ، وهو على كل شيء قدير .

وهكذا نحن الآن في سنة 1362 هجرية وسنة 1943 م ، وقد علا شأن الكفر والإلحاد فاحتل (2) أرض المسلمين ، وأذلهم ومكن لتشريعه منهم بل وحملهم على العمل به ، ونبذ التشريع السماوي ، ولعل الله سبحانه وتعالى يقيض للإسلام من ينصره فهو الذي أرسل به رسوله محمدًا ﷺ ، وهو القادر على كل شيء وإليه المصير .

جعل الدين الإسلامي ، والتشريع الإلهي وجود العقود بالإيجاب والقبول بلا ضميمة شيء آخر إليها سوى بعض شروط ضرورية لصحة بعضها كالزواج مثلًا ، فإن الإشهاد شرط في صحته عند بعض الأئمة (3) وعند بعضهم الإشهاد شرط عند الدخول لا في نفس العقد ، ومعنى الإشهاد إشهار أمر الزواج بين العام والخاص؛ ليعلم أمره وتترتب عليه آثاره الصحيحة ، وليس الإشهاد ولا العلنية شرطًا في صحة هذه العقود وذلك لأن (4) :

1 - الزواج أركانه إيجاب وقبول وشرطه إشهاد فتوجد حقيقة الزواج بذلك ، وتترتب عليه آثاره من نسب وتحريم وإنفاق وعدة إلخ ، ولكن كثرة تشعب الحياة الاجتماعية ، وما عرض للمجموع من نقص في الصدق ، وبعد عن الصواب جعل ولي الأمر يفكر في حفظ أساس العائلة من إنكار أو نبذ بلا أداء حق إلخ ، فأوجب تسجيل الزواج عند مسجل العقود الشخصية ( المأذون ) فهو قانون نظامي يجب العمل به للمصلحة العامة .

---

(1) سورة هود آيه رقم ( 118 ) .

(2) في الأصل : [ فاستعمر ] وقد غيَّرت لأن الاستعمار هو طلب العمار وهو ما يناقض الحقيقة .

(3) ساقطة من الأصل .

(4) اتفق أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح ، ولكن ذهب المالكية إلى أنه شرط تمام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ؟ بداية المجتهد ( 17/2 ) .

وقال الدردير : وصحته أيضًا بشهادة رجلين عدلين غير الولي فلا يصح بلا شهادة أو بشهادة رجل وامرأتين ، ولا بشهادة فاسقين ولا بعدلين أحدهما الولي . الشرح الصغير جـ 2 ص 75 .

2 – التبني ألغته الشريعة الإسلامية لأن به نسبة شخص معروف النسب إلى غير أبيه ، وفي هذا من اختلاط الأنساب والمضار الاجتماعية ما حمل المشرع الإسلامي على إلغائه بتاتًا (1) .

3 – عقد ترتيب أموال الزوجين ، ليس في التشريع الإسلامي ذلك ؛ لأن الزواج لا يتعرض لأملاك أحد من الزوجين ، ولا يجعل لواحد منهما سبيلًا على أملاك الآخر سوى المصلحة العامة كالسفه والجنون والتبذير إلخ ، فيطلب الحجر عليه لذلك ، وغير التبرع بما زاد على الثلث من الزوجة عند الإمام مالك ، فالزواج مدخول فيه على حفظ مال كل زوج له حفظًا تامًّا مع صحة ، ونفاذ كل تصرف يقع منه مستوفيًا لشروطه الشرعية .

4 – عقد الهبة ، لا يشترط في صحته الإشهاد ، فإن رأى ولي الأمر وجوب ذلك لزم وقد أوجبه في كل ما ينقل ملكية العقار ، فيجب الإشهاد إذا كانت الهبة عقارًا (2) .

5 – حلول دائن مكان آخر . وتصوير ذلك أن زيدًا مدين لعمر بخمسة

---

(1) وذلك لقوله تعالى ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ .. ﴾ سورة الأحزاب آيه رقم ( 5 ) .

(2) أوجب القانون المدني المصري ، فيما نصت عليه مادته 488 ، توثيق الهبة لصحتها ، ونصها : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » . وهو ما أخذت به الفقرة الثانية من المادة 461 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . ويتفق ذلك مع المادة 602 من التقنين العراقي ، التي تنص على أنه « إذا كان الموهوب عقارًا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » ، والمادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

2 – وتتم في المنقول بالقبض دون حاجة إلى تسجيل .

وتوجب هذه المواد لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول . أن تكون بورقة رسمية ، سواء في العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ولكن يجوز أن تتم هبة المنقول بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ، فكما تتم هبة المنقول بالورقة الرسمية يجوز أيضًا أن تتم بالقبض . وفي هذه الحالة يغنى القبض عن الورقة الرسمية ، وليست هناك طريقة محددة للقبض ، فالنص مطلق ، وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع . والأساس الشرعي لإيجاب توثيق الهبة على هذا النحو هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 161 ) .

جنيهات لأجل شهر برهن معين مثلاً فقال بكر لزيد : خذ الخمس جنيهات قيمة ما عليك من الدين لعمر فادفعها له على أن أحل مكانه في مداينتك فقبل زيد وأقبض عمرا دينه وحل بكر مكان عمر في دينه ورهنه ، وهذا يصح بلا إشهاد ، ولكن يقول الله عز وجل : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [1] ، والأمر هنا للندب ، فإن أوجبه ولي الأمر وجب وهو كأي دين عادي برهن أو بدون رهن ، وكذلك في حلول راهن محل راهن [2] .

6 - تنازل الزوجة عن رهن ملك زوجها في الرهن القانوني : هذا الرهن القانوني ليس موضوعًا في التشريع الإسلامي ، لأن أساسه - وهو تصرف الزوج في ملك زوجته - غير موجود فما ترتب عليه من رهن أملاك الزوج نظير تصرفه القانوني في أملاك زوجته غير موجود [3] .

وسبب وجود هذا الرهن القانوني في القوانين الوضعية أن الزواج يعطي الزوج حق إدارة أملاك زوجته قهرًا عنها وأخذ ريعها قهرًا عنها في بعض صور الزواج ، كما يعلم من مكانه ، بل وأعطاه حق بيع بعض أملاك شركة الزوجية ( غير المهر ) ، فكان الأزواج خصوصًا المسرفين يفقدون أملاك زوجاتهم لسوء تصرفهم أو لاستعمال طرق التحايل أو الغش ، والمرأة ضعيفة الإرادة لا تقوى على معارضة زوجها فيما يريد ، فوضع القانون ضمانًا لهذا التصرف السيئ الرهن العقاري القانوني على أملاك الزوج لزوجته منذ الزواج حتى وقت الانفصال ، فليس للزوجة ترك هذا الرهن إلا بشرط ، ولو تصرف الزوج في أملاك زوجته ثم باع أملاكه هو ليفر من الضمان فإن أملاكه تكون ضامنة لمال زوجته حتى ولو باعها ، وبما أن أصل التصرف من الزوج في أملاك زوجته غير موجود في التشريع الإسلامي إلا برضاها واختيارها فلا رهن عقاري للزوجة على أملاك زوجها .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 282 .

(2) ذكر الدردير عن شروط صحة الهبة ما يدل على عدم افتقارها للإشهاد كالصدقة ، فأركانها أربعة واهب : موهوب ، موهوب له ، وصيغة ، وشرط الأول أن يكون أهلا للتبرع ، وشرط الثاني أن يكون مملوكًا للواهب ، وشرط الثالث أن يكون أهلًا لأن يملك ما وهب له . الشرح الصغير جـ 3 ص 339 ويتفق ذلك مع ما رآه الفقهاء في الماضي ، لصغر المجتمع ويسر الإثبات في التعامل بالهبة ، وهو ما يختلف عما عليه الحال في المجتمعات المعاصرة .

(3) قال الدردير : من شرط صحة النكاح عدم التواطؤ على كتمه . الشرح الصغير جـ 2 ص 75 .

وكل ما اشترط القانوني السماوي فيه العلنية هو الزواج ، وفي بقية العقود يستحب ذلك ما لم يوجبه الحاكم وإلا لزم .

## بند [ 82 ] شروط صحة العقود

**القانون الفرنسي** : شروط صحة العقود هي :

1 - عدم نقص إرادة المتعاقدين .

2 - أهلية المتعاقدين .

**أولًا** : عدم نقص إرادة المتعاقدين ، يوجد نقص في إرادة المتعاقدين متى وجدت ظروف خاصة تحيط بالشخص المتعاقد فتؤثر على إرادته من غير محوٍ لها بتاتًا . وعيوب إرادة المتعاقدين هي الغلط والإكراه والغش والغبن .

أ - الغلط هو فكرة خاطئة ينظر إليها كحقيقة ، وينظر إلى الحقيقة كخطأ ، والغلط يكون مانعًا من انعقاد التعاقد بين الطرفين في ثلاثة مواضع .

1 - إذا وقع الغلط في طبيعة العقد كأن تبيعه شيئًا يعتقد أنك أعطيته هبة .

2 - إذا وقع الغلط في شخصية المتعاقد عليه كبيع حصان بعينه ظنه الحصان الآخر .

3 - إذا وقع الغلط في سبب التعاقد كمن تعهد بدفع دين لم يكن موجودًا أو كان مدفوعًا قبل ذلك . في هذه الأحوال الثلاثة الغلط يمنع انعقاد التعاقد ووجوده .

ويقع الغلط في حالتين يوجد العقد معهما ، ولكن يكون عرضة للإلغاء وهما :

1 - إذا وقع الغلط على جوهر الشيء الذي هو مادة التعاقد .

2 - إذا وقع الغلط على الشخص المراد التعاقد معه في بعض العقود .

والفرق بين الاختلاف في مادة التعاقد والاختلاف في جوهر المادة المتعاقد عليها أن الاختلاف في مادة التعاقد يعني أن كل واحد من الطرفين يرى أن العقد على شيء خاص كفرس أسمر وأحمر ، والاختلاف في جوهر المادة المتعاقد عليها هو اتفاق الطرفين على مادة معينة لكن اختلفا في صفاتها الجوهرية كمن اشترى شمعدانًا على أنه فضة فباعه لآخر فتبين أنه مفضض فقط فالعقد قابل للإلغاء .

ب – الإكراه ، وهو التأثير على عقل شخص حتى ترفع إرادته ، وهو إكراه مادي أو أدبي .

والإكراه مانع من وجود العقد في حالة واحدة ، وهو الإكراه البدني كالإمضاء بالقوة القاهرة فالعقد لا يوجد . وفيما عدا ذلك يصح أن يكون الإكراه سببًا في الإلغاء بشروط :

**أولًا** : يجب أن يكون الإكراه باهظًا .

**ثانيًا** : يجب أن يكون الإكراه حاضرًا لا ماضيًا ولا مستقبلًا بحيث يكون مهددًا له في شخصه أو ماله أو في اعتباره أو في شخص من يهمه أمره كزوجة أو أب أو أم إلخ .

**ثالثًا** : أن يكون الإكراه غير قانوني ومخالفًا للقانون العام والآداب العامة .

**رابعًا** : يجب أن يكون الإكراه سببًا مباشرًا للعقد .

والإكراه دائمًا سبب في الإلغاء مطلقًا ، ولو حصل من غير الطرفين فهو قوة قاهرة .

ج – الغش : وهو أعمال خداعية استعملها أحد طرفي العقد ضد الآخر لحمله على التعاقد . وليس الغش نفسه مبطلًا للعقد ولكن ما نتج عنه من غلط كما أن الإكراه نفسه ليس سببًا في بطلان العقد ، ولكن ما ينتج عنه من خوف ، والغش سبب خاص للإلغاء ، ولكي يكون الغش سببًا في إلغاء العقد يجب :

1 – استعمال طرق خداعية صناعية أو مكر لإيقاع الطرف الثاني في الغلط في التعاقد .

2 – أن يكون الغش أساسيًّا في الحمل على التعاقد مباشرة ، بحيث لو لم يستعمل لما تم التعاقد ، وأما الغش العرضي فلا يلغي العقد ، ولكن يعطي المغشوش تعويضًا .

3 – أن يكون الغش صدر من أحد الطرفين ضد الآخر لا من ثالث ، وإلا صح التعاقد فقط يتحمل الثالث الغاش تعويض غشه .

الغش ليس مفروضًا وجوده قانونًا فعلى من ادعاه إثباته بكافة الطرق ، كتابة ، شهادة ، حتى بالقرائن التي يمكن للقاضي استنتاج الحقيقة منها .

د - الغبن في الثمن : وهي الخسارة العائدة على أحد المتعاقدين من عدم التكافؤ بين مادتي التعاقد المتبادلتين بين طرفي العقد .

والغبن ليس سببًا في إلغاء العقد ؛ لأنه دائمًا يسعى أحد الطرفين لمغنمه ، ولم يكن القانون حارسًا على الناس إلا في حدود؛ غير أنه قد يكون الغبن سببًا لإلغاء العقد في حالتين :

**أولاً** : في كل عقد أكمله القاصر وحده في المواضع التي يجب حضور وصيه معه .

**ثانيًا** : في العقود الصادرة من أهل التعاقد في عقار وصل الغبن فيه إلى 12/7 من الثمن .

وفي عقد القسمة الذي زاد غبنه عن 4/1 على أحد المقتسمين ، وفي قبول ميراث تبين أن الدين فيه أزيد من النصف من اكتشاف وصية لاحقه على القبول [1] .

## بند [ 83 ] شروط صحة العقود

**التشريع الإسلامي** : من شروط صحة العقود تمام إرادة المتعاقدين بلا نقص ، وأهلية المتعاقدين [2] .

فالظروف التي تؤثر على إرادة المتعاقدين بنقص مع وجود أصل الاختيار قد تكون الغلط أو الإكراه أو الغش أو الغبن ، ولكن الغبن لا يؤثر على إرادة المتعاقدين ، فالإرادة فيه كاملة لكن أحد المتبايعين اغتنم فرصة جهل الطرف الآخر بالثمن وتعاقد معه ، وأظن يمكن تساهلاً عَدُّ الجهل بقيمة أحد العوضين مؤثرًا على تصرف الجاهل بها تصرفًا كاملاً كما ينبغي [3] .

(1) انظر : البنود من 1108 إلى 1122 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 224 : 228 .

(2) تناول الفقهاء المسلمون أحكام الغبن وأثره في العقود وذهبوا إلى إعطاء المغبون الحق في التحلل من العقد إذا اقترن الغبن بالتغرير أو التدليس بصوره المختلفة . انظر مصادر الحق للسنهوري 151/2 وما بعدها والمادة 356 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 300 من مرشد الحيران . وهو ما يتفق مع أخذت به القوانين العربية الحديثة . راجع المادة 95 للتقنين العراقي ، والمادة 116 من التقنين الأردني ، المادة 84 من التقنين الكويتي .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22 ) .

(3) أشار الدردير إلى اشتراط عدم الحجر وتمام التكليف بالنسبة للمتعاقدين حتى يلزم البيع ؛ فلا يلزم صبيًا مميزًا ، وإن صح مالم يكن وكيلًا عن مكلف وإلا لزم لأن البيع في الحقيقة من الموكل ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه أورق إلا بإذن الولي وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه . الشرح الصغير جـ 3 ص 3 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 279 .

الغلط : هو أن تريد شيئًا معينًا فتأخذ بدله غيره ظنًّا أو اعتقادًا أن هذا ما أردته ، فإن كان الغلط في طبيعة العقد ( أردت بيعًا فاعتقد أنه هبة أو بالعكس ) ، فلا يوجد العقد ؛ لأن إرادة الطرفين لم تلتق على نقطة موحدة في طبيعة العقد (1) .

وإذا كان الغلط في شخصية المتعاقد عليه كبيع حصان بعينه فغلط وباع الآخر ، فهذا يرجع لاختلاف المتبايعين في نفس المبيع . فإن تمسك كل منهما بما أراد لا بما وقع عليه العقد تحالفا وفسخ البيع .

وإن وقع الغلط في وجود أو عدم وجوب الثمن أو المثمن لم يلزم . كمن حول دينًا لآخر تبين عدم وجوده أو تعهد بأداء دين تبين أنه مؤدى فلا حقيقة لوجوده .

فإذا حصل الغلط في البيع مرابحة ، كأن أخبر البائع بنقص عما اشترى به ، فإن صدقه المشتري منه في غلطه أو أثبته بالنية ( قال : اشتريت بخمسين ثم ادعى الغلط ، وقال : بل بمائة ) ، فالمشتري بالخيار إما ردّ السلعة أو رد ما زاد وربحه إن كانت السلعة قائمة .

فإن فاتت عند المشتري خيِّر بين دفع الثمن الصحيح وربحه وهو ما ثبت بعد البيع ، وبين دفع قيمة السلعة يوم بيعه مالم تنقص القيمة عن الغلط وربحه .

وإن زاد البائع في إخباره عمدًا أو خطأ لزم البيع المشتري إن حط البائع ما زاد وربحه . فإن لم يحطه فلا يلزم المشتري وخُيِّر في الإمساك أو الرد .

فإن سمى المتعاقد عليه باسم عام وأشار إليه إشارة تعيين فلا رد فيه ، كهذا الحجر أو هذا الفصّ ، أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة ، وهو يعلم شخص المبيع ، كأن يبيع هذا الحجر بدرهم فإذا هو ياقوتة تساوي ألفًا ، سواء أكان الغلط

---

(1) تناول الحطاب الغلط في العقود معددًا صوره وأشكاله سواء في طبيعة العقد أو شخصية المتعاقد معه وأشار إلى سؤال مالك عمن باع مصلًّى ؟ فقال المشتري أتدري ما هذا المصلى ؟ قال : هي والله خزٌّ فقال البائع : ما علمت أنه خزٌّ ولو علمته ما بعته بهذا الثمن ، قال مالك : هو للمشتري ولا شيء للبائع لو شاء استبرأه قبل بيعه وكذا لو باعه مرويا قال لم أعلم أنه مروى ... إلى أن قال : أو قول المشتري بع مني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوته فيجده غير ياقوتة أو بيع البائع بظن أنها ياقوتة فإذا هو غير ياقوتة فيلزم المشتري ...
راجع تفصيل ذلك في مواهب الجليل جـ 4 ص 466 ، والتاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 466 و جـ 2 ص 231 .

المذكور من المتبايعين أم من أحدهما مع علم الآخر . فإن كان المتعاقد وكيلًا عن غيره وحصل هذا فلموكله الرد قطعًا .

فلو سماه بغير اسمه كبعني هذه الزجاجة فإذا هي زبرجدة أو بالعكس لثبت الرد قطعًا . هذا في العقود التي لا يراد الشخص أو الشيء المتعاقد عليه لذاته ، ولشخصه كعقد الزواج ( أردت الزواج بفاطمة بنت محمد بن إبراهيم ) فحصل غلط في أختها ( نجية ) ووقع العقد عليها ، أو أردت صانعًا معينًا لعمل معين فتعاقدت مع غيره معتقدًا أنه الذي أردته فلا ينعقد العقد ، متى ثبت ذلك بالدعوى والتصديق ، أو بالدعوى والبينة .

## الاختلاف في المادة والجوهر :

إن الاختلاف بين المتعاقدين يرجع إلى عدة أمور :

**أولًا** : الاختلاف في أصل وجود العقد ، كأن يقول أحد المتعاقدين : لم يحصل تعاقد ، ويقول الآخر : حصل فالقول لمنكر العقد بيمين ، سواء أكان البائع أم المشتري ؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك .

**ثانيًا** : الاختلاف في جنس الثمن ، كما إذا قال البائع : بعته لك بجنيه مصري ، وقال المشتري بل بثوب مثلًا .

**ثالثًا** : الاختلاف في جنس المثمن ، كقول البائع : بعتك هذا الحمار بمائة قرش فقال المشتري : بل بعتني العبد أو البغل بمائة .

**رابعًا** : الاختلاف في الثمن والمثمن معًا .

**خامسًا** : الاختلاف في نوع الثمن والمثمن كدنانير ودراهم أو قمح وشعير أو ثوب كتان وثوب قطن .

**سادسًا** : الاختلاف في صفة العقد كمن باع جنته لآخر ، وقال : اشترطت نخلات اختارها بغير عينها ، وقال المبتاع : ما اشترطت إلا هذه النخلات بعينها [1] .

---

(1) تناولت المادة 121 القانون المدني المصري أحكام الغلط ، ونصها :

1 - يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

2 - ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص :

=

..............................................................

= ( أ ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

( ب ) إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وقد جاءت المادة 106 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بما لا يخرج بوجه العموم عن المادة المذكورة ، وإن أدخلت عددا من التعديلات من بينها تبني معيار فوات الوصف المرغوب فيه بدلًا من فكرة الغلط الجوهري وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ما يفيد أن فوات الوصف المرغوب في الفقه الإسلامي قد تدل عليه الإرادة الصريحة في العقد أو الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف ( انظر : الفتاوى الهندية جـ 3 ص 140 – 141 . البدائع جـ5 ص 140 ، 273 ، 274 ، 292 ، 335 . فتح القدير جـ 5 ص 151 ، 201 ، 206 . المبسوط جـ 13 ص 12 ، 13 . البحر الرائق جـ 6 ص 205 . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 2 ص 111 – 156 ) وهذا ما ذكرته المادة 151 من التقنين الأردني ، والمادتان 117 ، 118 من التقنين المدني العراقي . فالمادة 117 من هذا التقنين تجمع بين الغلط المانع من انعقاد العقد والغلط الذي يجعل العقد موقوفًا على إجازة العاقد ، حيث تنص على ما يأتي :

1 – إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه . وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد .

2 – فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليلًا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفًا على إجازة المشتري . وهذه المادة تطابق في حكمها المادة 301 من مرشد الحيران والمادتين 208 ، 310 من المجلة . وقد نصت المادة 118 من التقنين العراقي على معيار فوات الوصف المرغوب فيه ، في نصها على أنه : لا عبرة بالظن البين خطؤه . فلا ينفذ العقد :

1 – إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية .

2 – إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد .

3 – إذا وقع غلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد . ويتفق ذلك مع المواد 151 ، 152 ، 153 . من القانون المدني الأردني .

واللافت للنظر أن نصوص الفقه الإسلامي تناول نوعين من الغلط :

النوع الأول : الغلط المانع الذي يمنع انعقاد العقد ، فيكون العقد باطلا . وذلك حين يقع الغلط في جنس الشيء بأن يكون المعقود عليه من جنس غير الذي اعتقده أحد العاقدين ، حيث يكون المحل معدوما ، كمن يبيع ماسا فإذا هو زجاج . وحين يتحد الجنس ولكن يتفاحش التفاوت في المنفعة ، بأن يكون التفاوت =

والحكم في جميع هذه الصور أن يحلف كل منهما على إثبات دعواه ورد دعوى صاحبه ، ويفسخ البيع فإن كان المبيع قائمًا رده بعينه ، وإن فات رد قيمته يوم البيع لا يوم الحكم ولا يوم الفوات هذا إذا كان مقومًا فإن كان مثليًا رد مثله .

فإن اختلفا في قدر الثمن ( قال أحدهما : تسعة وقال الآخر : عشرة ) ، أو في قدر المثمن ( كثوب بمائة أو ثوبين بمائة ) ، أو في الأجل ( شهرًا أو شهرين ) ، أوفي الرهن ( بعت برهن ، بلا رهن ) ، أو في الكفيل ( بكفيل أو بلا كفيل ) ، فإن كان المبيع موجودًا حلفا وفسخ البيع ، والفسخ يكون بحكم حاكم أو بتراض منهما ، ونكولهما كحلفهما .

وقُضي للحالف على الناكل وبدئ بالبائع أولًا .

وإن فات المبيع فالقول للمشتري بيمين إن أشبه قوله العرف والعادة ، وعلى المشتري القيمة في الفوات [1] .

**الإكراه** : وهو حمل شخص على إجراء عقد أو عمل مؤاخذ به شرعًا . فالمكره المسلوب الإرادة كلية لا يقع عقده ، ولا يوجد لتخلف إرادته قهرًا ، والمكره غير

---

= بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد فاحشا ، كمن يبيع دارا من آجر فإذا بها من لبن .
والنوع الثاني هو الغلط الذي لا يمنع من انعقاد العقد ، فيكون العقد صحيحًا نافذا ولكنه غير لازم ، حيث يكون للعاقد خيار الفسخ ، إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه . وذلك حين يتحد الجنس ولكن تتفاوت المنفعة دون تفاحش في التفاوت ، فيقتصر الأمر على فوات وصف مرغوب فيه ، كمن يبيع ياقوتا أحمر فإذا هو أصفر ، أو يقع غلط في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه إذا كانت هذه أو تلك محل الاعتبار ( انظر المراجع التي تقدمت الإشارة إليها ) .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 26 ، 27 ) .

(1) ذكر ابن رشد في فصل القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين ... إذا تقارا البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال . فإن أنكر البائع دعوى القائم فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه ، فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوي في إدراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة فما شهد به أهل تلك الصناعة ، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثرًا في القيمة وفي كونه أيضًا قبل أمد التبايع أو بعده فإن لم يكن للمشتري بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ... بداية المجتهد جـ 2 ص 183 م مواهب الجليل جـ 4 ص 466 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 231 .

تام الإرادة يصح له الإلغاء ؛ لأن عقده يتم ، ولكن لا يكون لازمًا له [1] .

وقد اشترط التشريع الإسلامي في لزوم البيع أن يكون البائع رشيدًا ، وأن يكون طائعًا مختارًا في بيع متاع نفسه .

وأن يكون وكيلًا في بيع متاع غيره ، فإن أجبر على البيع نفسه بلا سبب ، أو أجبر على سبب البيع جبرًا حرامًا فيصح البيع ولا يلزم ، وحكمه أنه يرد على بائعه أو على سببه ، ولا يضره تداول ملاك ولا عتق ولا هبة ولا إيلاد .

وقيل : إذا أجبر على سبب البيع ( وهو طلب مال ظلمًا ولم يجبر على نفس البيع ) ، فباع كان البيع لازمًا للمصلحة لئلَّا يتباعد الناس عن الشراء ، فيقع المظلوم في الهلاك [2] ، وقد اختاره المتأخرون وجرى العمل عليه بالمغرب .

---

(1) قال الدردير عن عدم الإكراه في البيع : وشروط لزومه أي البيع تكليف ؛ فلا يلزم صبيًا مميزًا وإن صح ما لم يكن وكيلًا عن مكلف وإلا لزم لأن البيع في الحقيقة من الموكل ، وعدم حجر فلا يلزم المحجور لسفه أو رق إلا بإذن الولي ، وعدم إكراه فلا يلزم المكره عليه كما قال لا إن أجبر العاقد عليه أي على البائع إذا لم يمضه ، ولا يفوت عليه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إيلاد بلا ثمن يغرمه للمشتري ، وهذا خاص بما إذا أجبر على سببه كما إذا أجبره ظالم على مال فباع سلعته لإنسان ليدفع ثمنها للظالم أو أكرهه على أن يبيعها . الشرح الصغير جـ 3 ص 3 ، وراجع بتوسع مواهب الجليل جـ 4 ص 244 ، 245 .

(2) تناولت المادة 127 من القانون المدني المصري حكم الإكراه ومفهومه ، ونصها :

1 - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس .

2 - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وهو ما تناولته المادة 112 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة .

وفي المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه . ذلك أن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين ، هما الاختيار والرضا . والإكراه على نوعين : إكراه ملجئ وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو العضو ، وإكراه غير ملجئ وهو الإكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعدم الرضا ، ويفرق بينهما أن الإكراه الملجيء يفسد الاختيار ، فيؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذرًا يعفي من المسئولية عن الثانية . أما الإكراه غير الملجيء فلا يفسد الاختيار ، ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون التصرفات الفعلية . فسواء كان الإكراه ملجئًا أو غير ملجئ فإنه يكون معتبرا في التصرفات القانونية باعتباره عيبًا من عيوب الإرادة . وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في المادة =

وأما الجبر الحلال كبيع البيت لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة ، أو لوفاء دين ، أو نفقة زوجة ، أو أقارب ، أو وفاء ما عليه من الخراج الحق ، فالبيع فيه صحيح لازم قطعًا .

والإكراه يتحقق بخوف مؤلم حالًا أو استقبالًا من قتل أو ضرب ، وإن قل وسجن ظلمًا أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والدين أو بأخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص المكره .

ولابد أن يكون الإكراه مباشرًا ، وكونه باهظًا أو قليلًا يرجع إلى تقدير المكره فهو أمر اعتباري لكل شخص ، وليس بشرط حصول الإكراه من أحد المتعاقدين بل يصح أن يوجد الإكراه من غيرهما [1] .

**الغش** : هو كتم عيب في الثمن أو المثمن واستعمال طرق لإخفائه عن الطرف الآخر . وإذا ثبت الغش من أحد الطرفين فلمن وقع عليه الغش والخداع الخيار ،

---

= 1007 من المجلة والمادة 286 من مرشد الحيران . كما وردت هذه التفرقة في المادة 2/112 من التقنين العراقي ، والمادتين 136 ، 138 من التقنين الأردني . ومع ذلك فإن حكم الإكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما إذا كان مجلئًا أم غير ملجئ . ولهذا نصت المادة 115 من التقنين العراقي على أن « من أكره أكراها معتبرا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده » . ونصت المادة 141 من التقنين الأردني على أن « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا » . لهذا رؤى عدم ذكر هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في النص المقترح ما دام أن حكم النوعين واحد في التصرفات القانونية . (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 2 ص 198 – 235 . وانظر المواد 948 ، 949 ، 1003 – 1006 من المجلة والمواد 285– 269 من مرشد الحيران ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 30 ، 31 ) .

(1) تناولت المادة 127 من القانون المدني المصري شروط الحكم بوقوع الإكراه في نصها على أنه « يراعي في تقدير الإكراه جنس من واقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه » . وهو ما تناولته المواد 112 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 114 من التقنين العراقي ، والمادة 139 من التقنين الأردني ، والمادة 3/156 من التقنين الكويتي ، والمادة 288 من مرشد الحيران (انظر : المبسوط جـ 24 ص 50 ، 68 وص 151 – 154 . وانظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 2 ص 203 وما بعدها ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 31 ) .

ويشمل نوعي خيار النقيصة لفقد شرط أو لظهور عيب [1] .

**أولًا** – الخيار لفقد شرط : إذا اشترط أحد الطرفين شرطًا في العقد ، وهو كل وصف فيه حق مالي وانعدم الشرط ، فلمن لحقه الضرر الخيار في الرد أو الإمساك .

**ثانيًا** – الخيار لظهور عيب : إن وجد أحد المتعاقدين فيما تعاقد عليه عيبًا ( نقصًا ) عقارًا أو عرضًا أو عينًا ، وكان هذا العيب في العادة السلامة منه ، كالأعشى ، أو كعور ، أو دَبَر ، أو عثر أو حرن ، أو ضعف حمل معتاد إلخ ، من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن ، فلواجد العيب الرد [2] .

فإن كان العيب لا يطلع عليه إلا بعد تغيير المبيع من كسر ، أو نشر ، أو ذبح فلا رد به إلا لشرط أو عرف فيعمل به . والعيب في العقار إن كان دون الثلث فلا رد به ، ويرجع بقيمة ماله بال فقط . وإن كان الثلث فأكثر ثبت الرد إن أراد . فالقاعدة أن كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة أحد العوضين فله الرد [3] ( كَسُوءِ جارٍ أو كثرة بق أو كثرة نمل أو شؤم بأن جربت بأن كل من يسكنها يصاب بمصيبة إلخ ) .

والتغرير الفعلي من البائع مثلًا كالشرط المصرح به كصبغ ثوب قديم ليوهم أنه جديد ، وتجبيس بيت وطلاؤه كذلك ، وتلميع شمعدان بفضة ليوهم أنه فضة ، فيرد به البيع لأنه غش وغرر [4] .

وأما التغرير القولي كقوله : اشتر مني هذا الشيء فهو جيد فإن وجد به عيبًا

---

(1) تناول الدردير مفهوم العيب وأنه كل نقص في المبيع عقارًا كان المبيع أو عرضًا يوجب نقصا في الثمن مما توجب العادة السلامة منه ، فإن وجد شيء من ذلك في المبيع فللمشتري الرد . الشرح الصغير جـ 3 ص 58 .

(2) قال الدردير : وكل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمتها فله الرد به . الشرح الصغير جـ 3 ص 61 .

(3) قاعدة : كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة أحد العوضين فله الرد .

(4) قال ابن رشد : « البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر ، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه إما من جهة الجهل بتعين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو بأجله إن كان هناك أجل ... إلخ » . بداية المجتهد جـ 2 ص 148 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 66 ، 67 ، 68 .

منقصًا فله الرد . وعلى المتعاقدين بيان ما عليه حال الثمن والمثمن تفصيلًا من عيوب قلت أو كثرت ، ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا أو وكيلًا ، فإن أجمل فمدلس ، ويرد به الثمن أو المثمن متى وجد ما يقتضي الرد (1) .

ولا يجب استعمال طرق خداعية صناعية أو مكر لإيقاع الطرف الثاني ، وإنما يكفي وجود العيب في الثمن والمثمن لخيار من وقع عليه الضرر .

والغش والإكراه والغلط ليس مفروضًا وجودها شرعًا ، بل على المدعي بها إثباتها شرعًا أو موافقة الطرف الآخر عليها (2) .

الغبن في الثمن : والأولى الغبن في العوض ليشمل الثمن والمثمن ، والغبن هو الخسارة التي تعود على أحد المتعاقدين من عدم تقدير عوضه تقديرًا حقيقيًا يوافق العرف والعادة .

---

(1) تناولت المادة 125 من القانون المدني المصري مفهوم التدليس والحكم المترتب عليه ، وهو ما تناولته المادة 111 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونص المادة 125 من القانون المدني المصري :
1 - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .
2 - ويعتبر تدليسا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ... وهو ما تناولته المادتان 121 ، 123 من التقنين العراقي ؛ فالمادة 121 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :
1 - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشًا كان العقد موقوفًا على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .
2 - ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك الوضعية . والمادة 123 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :
« يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابة غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري . ويكون العقد نافذًا في جميع هذه الأحوال » . ويقابل ذلك في التقنين الأردني المواد 143 ، 144 ، 145 ، 150 . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 28 ) .

(2) قال الحطاب : العيوب على قسمين عيب يمكن التدليس به ، وعيب لا يمكن التدليس به فلا يجب الرد به ولا القيام ولا الرجوع بقيمته في الفوات ، وهو على وجهين : أحدهما ما استوى البائع والمتباع في الجهل بمعرفته ، وكان في أصل الخلقة فلا رجوع باتفاق . مواهب الجليل جـ 4 ص 462 ، ص 466 .

وحقيقة ليس القانون حارسًا على الناس في معاملتهم إلا في حدوده ، وهذا مأخوذ من معنى الحديث الشريف « دعوا المتبايعين في غفلاتهم يربح البائع من المشتري ، أو يربح بعضهم من بعض » أو كما قال . ولكن لما كان الربح يختلف بين ربح معقول وربح فادح أحاط المشرع المتعاقدين بسياج من الوقاية ، وجعل لذلك حدودًا وعرَّف من يحميه ومن يتركه لفطنته .

والغبن في حد ذاته ليس سببًا في إلغاء العقد ؛ لأن في التعاقد بعوض كلا الطرفين يرى ويقدر لنفسه الربح ، ويستزيد منه ، ولا يخلو حال المتعاقدين مما يأتي :

**أولًا** : أن يكون الطرفان من أهل المعرفة ويمارسان العقود بتعقل وليسا من أهل الغفلة وهما حضريان أو قرويان ، وحصل غبن في عقدهما في الثمن أو المثمن فلا رد فيه ولو خالف العادة .

**ثانيًا** : أن يستسلم أحد الطرفين لصاحبه ، ويخبره بجهله بالثمن أو المثمن ، ويطلب منه أن يبيعه كما يبيع الناس ، فقال البائع : هي في العرف بعشرة فاشتر مني بعشرة ، أو يقول البائع : أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس ، فيقول : هي بعشرة فإذا هي بأكثر أو أقل في الموضعين فللمغبون الرد بالاتفاق .

**ثالثًا** : إن كان المغبون جاهلًا ولم يستسلم للآخر فتعاقد فغُبن ففي جواز رده خلاف ؛ فقال بعض علماء المالكية : إنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث ، وقال بعضهم ، وعليه الفتوى : إن زاد المشتري المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع ، وكذا إن بلغ النقصان الثلث من قيمته فأزيد إن كان جاهلًا بما صنع ، وقام قبل مجاوزة العام من يوم التعاقد ، ويستوي الرد بالغبن في العقار والمنقول على السواء .

وأما عقد القاصر فإن كان بغير عوض كالهبة تعين على وصيه رده ، وإن كان بمعاوضة كالبيع والإجارة نظر الوصي فإن كان إمضاؤه لمصلحة القاصر أمضاه ، وإلا رده ، وما كان فيه غبن على القاصر فالمصلحة رده .

وأما دعوى الغلط أو الجور في القسمة ، فإن تفاحش وظهر الغلط أو الجور أو

ثبت ما ذكر ببينة نقضت القسمة وردت للصواب . وإن لم يتفاحش أو يثبت بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت حلف المنكر لهما ، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور أو غلط ، فلا تنقض . فإن نكل أعيدت القسمة . وهذا مالم يمض الزمن كالعام أو مدة تدل على الرضاء بما وقع . واختلف العلماء فيما تنقض به القسمة فقال بعضهم : تنقض القسمة ، ولو كان الفرق في القيمة يسيرًا . وقال بعضهم : يعفى عن اليسير في الفرق ، والظاهر أن هذا متروك لنظر القاضي حسب ما يرى العرف والعادة [1] .

وأما قبول الميراث وتبين مديونية التركة بأزيد من النصف إلخ ، فهذا ليس من التشريع الإسلامي في شيء ؛ لأن القاعدة : أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين [2] فلا ميراث قبل السداد . والوارث إذا أخذ نصيبه من التركة ثم تبين أن التركة مدينة بأزيد من النصف فلا يلزم الوارث إلا بقدر ما ورث [3] ، وليس ملزمًا بقضاء دين مورثه إلا في حدود ما أصابه من التركة ، فإن تبرع بقضاء دين مورثه فهو فيما فعل إن كان يملك التبرع [4] .

## بند [ 85 ] أهلية المتعاقدين

**القانون الفرنسي** : القاعدة العامة كل شخص أهل للتعاقد مالم يثبت عدم أهليته ، فالأهلية هي الأصل وعدم الأهلية هي الاستثناء .

---

(1) يفرق الدردير بين الغبن اليسير والفاحش ، فيعتبر اليسير بأنه الغبن المؤدي إلى زيادة تقل عن ثلث القيمة في ثمن المبيع ، أما التي تزيد عن ذلك فهو الغبن الفاحش ، ثم قال : وكل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمتها فله الرد . الشرح الصغير جـ 3 ص 61 .

(2) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين .

(3) تشير المادة 896 من القانون المدني المصري للقاعدة المذكورة في الهامش السابق ، وإلى الحكم بوجوب البدء بالديون و إلى مسئولية كل وارث عن الدين الثابت على المورث ، كل في حدود نصيبه . وهو ما تناولته المواد 976 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 1106 من التقنين الأردني . وحكمها يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي ( انظر في هذا المعنى : المادة 212 من مرشد الحيران ، وانظر ابن عابدين جـ 4 رقم 241 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 397 ) .

(4) راجع في هذا الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 3 ص 15 وما بعدها .

**وعدم الأهلية ثلاثة أنواع** : نوع من الناس عديم الأهلية في كافة الأعمال القانونية ، ونوع منهم عديم الأهلية في بعض الأعمال القانونية المحدودة ، ونوع منهم أهل للتعاقد لكن منعه القانون من بعض العقود .

**أولاً** : عدم أهلية التعاقد العامة هي في :

1 - قاصر غير مرفوع الوصاية : لا يجوز له مباشرة أعماله المدنية من عقود وغيرها ، ويمثله قانونًا الوصي ، فقط يجوز له عقد الزواج ، وعقد ترتيب أموال الزوجين بحضور الأقارب .

2 - الممنوع قانونًا : لاختلال عقليتهم أو لجنونهم فيمثلهم الولي الشرعي .

3 - الموجود بداخل المستشفيات العقلية : وهم كالممنوعين قانونًا .

4 - الممنوع قضاء : وهم المحكوم عليهم بعقاب بدني نافذ ومخل بالكرامة مدة عقوبتهم .

5 - المرأة المتزوجة لا يمكنها التعاقد بدون إذن زوجها ، وتصبح أهلًا للتعاقد متى انحلت الزوجية أو حصل فراق جسماني .

**ثانيًا** : عدم أهلية التعاقد الجزئي هي :

1 - قاصر رفعت عنه الوصاية ، له فقط الأعمال الإدارية الخالصة ، وترتيب إيراده وما زاد عن ذلك فهو عديم الأهلية فيه يمثله وصيه .

2 - الشخص المعين عليه مجلس قضائي غير أهل لمباشرة بعض الأعمال القضائية منفردًا .

3 - الزوجة المنفصلة جسمانيًا ليست أهلًا للتصرف في عقارها .

**ثالثًا** : عدم أهلية عارضة : تعرض عدم أهلية التعاقد لأشخاص كاملي الأهلية ، وذلك كالوصي مع قاصره ، فلا يجوز له المشترى منه ، وكذا الزوج مع زوجته فيمنع البيع بينهما .

الغبن في التعاقد على القاصر : على من يدعي غبنًا لَحِقَ القاصر في تعاقده أن يقدم دليله ، فليس القصر في حد ذاته دليلًا على إلغاء العقد ، ويجب إثبات أن هذا العقد هو الذي سبب الخسارة مباشرة .

وكل عقد لا يتمه الوصي إلا بإذن مجلس العائلة ، أو مع تصديق المحكمة لو أتمه القاصر يكون مَلْغِيًّا لنقص في الشكل فيكفي لإلغائه إثبات أنه قاصر فقط .

إعلان الشخص أنه أهل لتعاقد لا يخلى الطرف الثاني من التثبت من أهليته قانونًا [1] .

## بند [ 86 ] أهلية المتعاقدين

**التشريع الإسلامي** : الأصل في المتعاقدين استيفاء شروط التعاقد الشرعية صحة ولزومًا [2] ؛ فمن ادعى انعدام هذه الشروط فقد ادعى غير الأصل فعليه تقديم الدليل على دعواه . وهذا ظاهر في الشروط غير الصغر الظاهر ، فلا يحتاج لدليل ؛ فمن تعاقد مع صغير لا يعقل أو يعقل ، ولكن إلى حد ما فهذا ليس وصيه أو وليه مطالبًا بدليل لإثبات عدم أهليته ، وليس من تعاقد معه ملزمًا كذلك ؛ لأن الظاهر أكبر دليل وعديمو أهلية التعاقد هم [3] :

**أولًا** – المجنون والصبي غير المميز : عقودهم باطلة أصالة فهي غير موجودة [4] ، ويمثلهم وصيهم أو وليهم الشرعي [5] .

**ثانيًا** – الصبي المميز والسفيه والمعتوه المحجور عليهم : عقودهم صحيحة غير لازمة إلا إذا أجازها الولي أو الوصي ، فإن كانت عقودًا بلا عوض تعين ردها ، وإن كانت بعوض ومنها الزواج نظر الولي أو الوصي ، فإن كان في إمضائها منفعة للقاصر أمضاها ، وإن كانت لغير مصلحة ردها بلا مسئولية على القاصر ؛ لأن

---

(1) انظر : البنود من 1123 إلى 1125 ، في الفصل الثاني ، من الباب الثاني من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ص 250 ، 251 .

(2) يشترط في المتعاقدين أن يكونا مالكين تامَّي الملكية ، أو وكيلين تامي الوكالة . بداية المجتهد ( 172/2 ) .

(3) قال الدردير : « وشرط صحة عقد العاقد تمييز فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر » . الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

(4) تناولت المادة 110 من القانون المدني المصري أحكام عقد الصغير غير المميز ، وهو ما تناولته المواد 95 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 7 من القانون الأردني . والمادة 96 من التقنين العراقي ، والمادة 1/86 من التقنين الكويتي . وحكمها مستمد من الشريعة الإسلامية : م 966 من المجلة . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22 ) .

(5) ومن شروط لزوم البيع تكليف ، فلا يلزم صبيًّا مميزًا ، وإن صح ما لم يكن وكيلًا عن مكلف ، وإلا لزم ، لأن البيع في الحقيقة من الموكل . الشرح الصغير ( 3/3 ) .

الذي تعاقد معه هو المسئول عن عمله [1] .

**ثالثًا** : يعتبر التشريع الإسلامي البلوغ الشرعي نوعين :

1 - بلوغ في المال وحده وهو إما 18 عامًا أو 21 عامًا ، فالتصرف في العقود المالية قبل هذا السن النظر فيها للوصي ، أو الولي الشرعي - والتصرف بعدها متى بلغ رشيدًا عاقلًا لنفس الشخص المتصرف ، بلا رقابة عليه إلا للقانون العام .

2 - بلوغ في النفس فمتى بلغ 15 عامًا عند الإمام أبي حنيفة [2] أو 18 عامًا عند الإمام مالك جاز له أن يتصرف في نفسه بزواج ، وعقد عمل إلخ إلا ما فيه حجر كما سبق في باب أهلية الزواج فارجع إليه [3] .

وأما المحكوم عليهم بعقاب بدني وهم بداخل السجن فلهم أهلية التصرف في أملاكهم وفي التعاقد غير أن القانون الخاص بالسجون يمنعهم من مقابلة أحد ، أو الاختلاط بأحد ، وليس معنى هذا أن المسجون ليس أهلًا للتصرف ؛ لأنه سجين .

وأما المرأة المتزوجة فأهليتها كاملة في التصرف إلا إذا كانت محجورًا عليها لسفه أو جنون إلخ قبل الزواج أو بعده . وليس للزواج دخل في أهلية المرأة المتزوجة

---

(1) تناولت المادة 111 من القانون المدني المصري حكم تصرفات الصبي المميز ، ونصها :

1 - إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضارة ضررًا محضًا .

2 - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر . فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون . وهذا هو ما بينته المادة 96 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 97 من التقنين العراقي ، والمادة 118 من التقنين الأردني ، والمادة 967 من المجلة ، والمادتان 270 ، 271 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 23 ) .

(2) الإمام أبو حنيفه هو الإمام الفقيه عالم العراق النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي الكوفي روى عن عطاء بن أبي رباح والشعبي وغيرهما قال الذهبي : عُنى بطلب الآثار ، وارتحل في ذلك وتوفى سنة 150 هـ وله سبعون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء 102/19 . والعبر 314/1 .

(3) تناولت المادة 112 من القانون المدني المصري حكم تصرف الصبي البالغ الثامنة عشرة من عمره ، مع إذن وليه ، وتصحيح تصرفه في هذه الحال هو ما أخذت به هذه المادة ومقابلاتها في القوانين المدينة العربية على النحو الذي دلت عليه المذكرة التوضيحية للمادة 97 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا للشريعة الإسلامية .

أو عدم أهليتها ، وإلا كان الزواج نكبة على المرأة ؛ فلا يمكن لامرأة عاقلة أو مفكرة قليلًا مهما ساقتها عوامل الطبيعة للزواج أن تقدم على فقد حريتها الشخصية فتقدم إرادة زوجها في لزومها حقوق الزوجية ، وتلتزم هذه الواجبات ثم تفقد حريتها في التعاقد بسبب الزواج . إن هذا لعجب ! ، ويدعي هؤلاء المتشرعون أن المرأة لها حقوق مكفولة ، فأين هي قد جردتموها حتى من شخصيتها القانونية ؟! نعم هي حرة تذهب وتجيء بلا نكير ، وتغشى المنتديات العامة والخاصة بلا نكير ، وتلك هي المدنية الزائفة .

وهذه المرأة في الإسلام على قدم المساواة بالرجل في الشخصية القانونية والأهلية والحقوق كافة إلا فيما يمس ما تعهد به كلاهما في الزواج من المحافظة على النفس والمال ، والتقيد بما يحفظ على الزوج حقوقه بالنسبة لذات الزوجة فقط (1) . وسيأتي هذا التشريع في أوربا الحديثة بعد مائة سنة على الأقل إن طالبت به المرأة الغربية ، ومع هذا للأسف الشديد يقولون : إن الزواج في الإسلام بيع للمرأة بمهرها ، وقد أعماهم جهلهم وكبرهم وكرههم للإسلام عن فهم المعنى الاجتماعي السامي لذلك . ولو حاولت إقناعهم لارتكبت شططًا حتى لو أقنعتهم بالمعارضة بالمثل في أن المرأة الأوربية التي تدفع الدوطة ( المهر ) تشتري زوجها كذلك على هذا الأساس .

وقد نظر المشرع الإسلامي إلى أن المرأة تستحق المهر (2) لأنها بزواجها قد تنازلت عن حقوقها الشخصية بتقيدها والتزامها الوفاء لزوجها بما يقتضيه الزواج ، فيجب أن يكون هذا التنازل له مقابل وهو المهر ، أو إنما وجب المهر للمرأة جبرًا لضعفها خلقيًا فهي مخلوق ضعيف مكون تكوينًا خاصًا لا يتحمل المشاق بطبعه . ولهذا يجعلها في حالة لا تمكنها من الكسب والجلد في الحياة لأنها تحمل وتلد وتربي وتحيض ، وهكذا كل هذه أشياء اختصتها بها الطبيعة وأكملها الخلاق

---

(1) يذكر الدردير أن المرأة الرشيدة العاقلة البالغة ذات شخصية قانونية كاملة في التصرفات المالية ، يكون المهر حقًا خالصًا لها دون شريك تتصرف فيه كيف تشاء لكنها تُمنع من التبرع بأكثر من الثلث .

ويحجر على الزوجة الحرة الرشيدة لزوجها فقط ، ولو كان عبدًا في التبرع الزائد على ثلث مالها بخلاف الواجبات فلا يحجر عليها فيها ... أما بالنسبة لزوجها فلها أن تهب له جميع مالها وليس لأحد منعها من ذلك .

الشرح الصغير ، وبهامشه حاشية الصاوي جـ 3 ص 402 ، 404 .

(2) لقوله تعالى ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ سورة النساء آية ( 5 ) .

العظيم لحفظ النسل البشري ( ولا عبرة بمن شذ من النساء عن هذه القاعدة الطبيعية ) ، والرجل قوي مجادل معارك ، وهو محتاج لمن يساعده ، ويكمل له نقصه في هذه الحياة ، ويوفر له الرفاهية ويهيئ له المتعة الخاصة من شخص من جنسه من نفسه ، وهي المرأة فوجب عليه تعويضها مما اكتسب نظير كل هذا وإلا كان محبًّا لنفسه أنانيًّا لا يجد من يركن إليه ويخفف عنه حمل الحياة ومتاعب الوجود ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ الآية [1] .

وأما القاصر المرفوعة عنه الوصاية فتصرفه جائز في كل شيء ؛ لأنه إما تحت الوصاية ، وإما مرفوعة عنه الوصاية ولا وسط بينهما . وأما من سلِّمت له أمواله لاختباره فحكمه حكم القاصر إلا في إدارة أمواله فقط ، فتصرفه في العقود تحت نظر وصيه يرى فيه المصلحة من رد أو إمضاء [2] .

وليس في التشريع الإسلامي مجلس عائلة ؛ لأن الأمر متروك للقاضي أو للمجلس الحسابي الحالي الموجود بالقطر المصري ، وهذا خاص بعديمي الأهلية الذين تحت الوصاية أو الحجر فقط .

وليس في التشريع الإسلامي انفصال الزوجين جسمانيًّا ؛ لأنه إما طلاق وإما زواج ولا واسطة بينهما ؛ لأن التشريع الإسلامي واجه الحقيقة البشرية في غير مواربة ولا خداع . فغير ممكن عقلًا أن تحكم بقتل شهوة الرجل أو شهوة المرأة ببعدهما عن بعضهما بما يسمى تفريقًا جسمانيًّا لما في ذلك من مضار كثيرة منها تعطيل النسل ومنها السعي لتحصيل المتعة الشهوانية في ستر الخفاء وفيه من الضرر اجتماعيًّا والتحلل من واجبات المجتمع مالا يخفى على أحد ، ومنها تشريد الأولاد وتنشئتهم على كراهية من لم يحكم له بهم وما يترتب على عدم وجود الأولاد مع أبيهم أو مع أمهم أيضًا ، فقد ثبت بالبرهان القاطع أن سبب التشرد والفساد في الأولاد الطلاق أو فساد أخلاق الأب أو فساد أخلاق الأم وهذا يحصل أيضًا في

(1) سورة الروم الآية رقم ( 21 ) .

(2) يقول الدردير عن المهر : وهو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها ، والاتفاق على إسقاطه مفسد للعقد ، ويشترط فيه ما يشترط في الثمن من كونه متمولًا ، طاهرًا ، منتفعا به مقدورًا على تسليمه ، معلومًا إلا أنه لبنائه على المكارمة قد يغتفر فيه ما لا يغتفر في الثمن . الشرح الصغير جـ 2 ص 97 .

التفريق الجسماني فهو كالطلاق في هذه المعاني كلها . لهذا كان الزواج إما قائمًا فيؤدي كل واحد من الزوجين واجبه نحو الآخر ، وإما غير قائم فكل يسعى لمصلحته حسب ما يرى غير متقيد بشيء إلا ما حرم الله . وأما التعطيل والحرمان والفساد فلا . ولقد ذهب المشرع الإسلامي في تلمس الحقائق والوصول إلى ما في النفس من غير مواربة إلى أبعد من هذا فأباح للزوجة طلب الطلاق من زوجها [1] إذا لم يقم الزوج بواجب إعفافها وأداء واجبه كزوج ، وكانت تخشى على نفسها الفتنة والوقوع فيما حرم الله . هذا تشريع حكيم لم يصل إليه بعد المشرعون الوضعيون ، وسيأتي الوقت بعد حين لهذا التشريع ، ومع هذا سينكرون أنه مأخوذ عن التشريع الإسلامي كعادتهم في ذلك دائمًا .

وأما عدم الأهلية العارضة كمشترى الوصي أو الولي من قاصره أو الزوج من زوجه فلا يوجد في التشريع الإسلامي . ولكن لما كانت النفوس البشرية قد تميل للطمع فقد قيد المشرع جواز التعاقد مع القاصر بشروط كلها لمصلحة القاصر فإن وجدت صح التعاقد ، وإلا فلا ( وستذكر في تصرفات الوصي والولي ) . وأما بيع أحد الزوجين للآخر فلا شيء فيه إطلاقًا لتوفر أهلية كل منهما كأي فرد آخر مستوف للشروط الشرعية بلا أي فارق في ذلك . وما ينتج عن تعاقد القاصر من غبن أو ضرر يقدره وصيه أو وليه ، وليس بلازم عليه أن يقيم الدليل على ضرره بقاصره ؛ لأن عقد القاصر صحيح غير لازم في التعاقد بعوض ، فالتقدير للوصي أو الولي فقط .

وعلى كل شخص يريد التعاقد مع آخر أن يبحث حالته قبل التعاقد معه لجواز أن يكون محجورًا عليه مثلًا [2] . فمن قصر فهو خاسر ، والمفرط أولى بالخسارة .

## بند [ 87 ] الوعود والشروط لأجل الغير

**القانون الفرنسي** : القاعدة العامة المأخوذة عن القانون الروماني هي أنه ( لا

---

(1) أباح لها الإسلام أن تطلب الطلاق ، وتدفع للزوج عوضا عن ذلك ، وهو المسمى لدى الفقهاء بالخلع وهو طلاق بعوض ، وقد يكون بلا عوض . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، وبهامشه تقريرات الشيخ عليش ( 347/2 ) .

(2) يشترط في العاقدين ، يكونان غير محجور عليهما ، أو على أحدهما ... انظر : بداية المجتهد ( 172/2 ) .

يجوز التعهد ولا الشرط باسمه الخاص إلا لنفسه فقط ) .

**التعهد باسمه للغير :**

ومعناه : أن التعاقد مع الغير باسمه الخاص لصالح شخص آخر لا يجوز ؛ لأنه لا يلزم شخص بشيء لم يعلمه ، ولم يلتزم هذا المتعهد ؛ لأنه لم يتعاقد باسمه لنفسه بل لغيره فهو غير ملزم بشيء ، كمن باع منزلًا لآخر وتعهد له بأن يزيل جاره شجرة كبيرة ملكًا للجار تحجب المنزل عن الممر العام فلا هو ملتزم ، ولا تعهده ملزم لجاره .

ولتطبيق هذه القاعدة يجب أن يكون التعهد باسمه الخاص لمصلحة الغير لا أن يكون باسم الغير كوكيل عام أو مدير أعمال الذي تعهد له ؛ فإن كان كذلك صح التعهد ولزم ، فإن كان وكيلًا تولد الحق مباشرة باسم موكله حسب نظرية القانون الحديث في حق الموكل لوكيله ، وإن كان مديرًا لأعمال شخص وتعهد له في غيبته صح التعهد ولزم هذا الشخص متى كان نافعًا ، ولمصلحته سواء قبله أم لم يقبله .

**استثناء من القاعدة المتقدمة :**

يجوز للمتعهد باسمه الخاص أن يتعهد لمن تعهد له أن يقبل تعهده ، وحينئذ يصح التعهد للغير باسمه خاصة . فإن قبل الشخص الثالث هذا التعهد فبها ، وإلا كان المتعهد ملزمًا بتعويض لا بتنفيذ ما تعهد به ، وهذا الفرق بين الضامن وبين من تعهد باسمه خاصة للغير فإن الضامن يضمن تنفيذ ما ضمنه ، وهذا يضمن قبول التعهد فقط وإلا فعليه التعويض ( زيد تعهد باسمه لعمر أن يعمل على كذا لعمر فعلي ليس ملزمًا بالعمل ولازيد ملزمًا بما تعهد به . لكن إن ضمن زيد لعمر قبول تعهده صح فإن قبل على ما تعهد به زيد فبها ، وإلا لزم زيدًا تعويض لعمر وليس زيد ملزمًا بالتنفيذ إلا إذا ضمن التنفيذ أيضًا فتنتقل المسألة إلى الضمان ) وفي حالة الشك يفسر لصالح من التزم [1] .

### بند [ 88 ] الوعد والشرط لأجل الغير

**التشريع الإسلامي** : الشخص الذي يعد شخصًا آخر بعمل شيء أو قبول أي

---

(1) انظر : البنود من 1984 إلى 1990 ، في الباب الأول من الكتاب الثالث عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 134 ، 135 .

شيء عن الغير لا يلزم نفسه ، ولا يلزم غيره . لأن مجرد الوعد في حد ذاته ليس ملزمًا لا للواعد ولا للموعود [1] كقول زيد لعمر : أعدك أن أسلفك كذا في آخر الشهر ، أو أن أبيعك منزلي بكذا ، أو أعدك أن يؤجر لك بكر منزله بكذا . كل هذه الوعود ليست ملزمة في شيء إلا أن من المروءة الوفاء بالوعد ، ولا يلزم الوفاء قضاءً متى كان الوعد مجردًا [2] .

وأما التعهد فإن كان عن النفس كأتعهد بعمل كذا فهو التزام واجب النفاذ متى كان شرعيًا والمتعهد من أهل الالتزام شرعًا . فإن كان التعهد عن الغير فلا يخلو حال المتعهد إما أن يكون وكيلًا عن من تعهد عنه أو غير وكيل ، فإن كان وكيلًا عنه صح تعهده له ولزم موكله مباشرةً مادام في حدود توكيله ، فإن تعهدت لبكر بأن عمر موكلي يؤجره منزله المعين بكذا كل شهر ، وهو في حدود توكيلي العام المفوض صح التعهد ، ولزم عمر ما تعهدت به عنه ، فإن كنت وكيلًا عنه في أعماله القضائية فقط ، فليس لي أن أتعهد بتأجير منزله ؛ لأنه ليس من الأعمال القضائية ، وإنما هي أعمال إدارية ولست وكيلًا فيها ، فلا يلزمني ما تعهدت به لأن التعهد ليس مني عن شخصي فلست ملزمًا به ، وليس عمر ملزمًا به ؛ لأني ألزمته ما لا أملك إلزامه به [3] . لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيتوقف على

---

(1) قاعدة : الوعد ليس ملزمًا لا للواعد ولا الموعود .

(2) قال الدردير : « وصح بيع غير المالك للسلعة ، وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المتباع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ، ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته أيضًا ، وصار الفضولي كالوكيل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 وهو مذهب الأحناف الذين ذهبوا إلى تصحيح تصرف الفضولي إذا وافق عليه الأصيل .

(3) تناولت المادة 466 من القانون المدني المصري حكم تصرف الفضولي ، ونبهت إلى صحة هذا التصرف مع إعطاء الأصيل الحق في إبطاله ، ونصها :

1 – إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطالب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

2 – وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وعلى الرغم من أن الحكم الوارد في هذه المادة بتصحيح التصرف مع إعطاء الأصيل الحق في إبطاله هو مضمون فكرة العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي فإن المادة المذكورة لا تستخدم مصطلح العقد الموقوف . لكن المواد المقابلة لهذه المادة في القوانين المدنية العربية قد تلافت ذلك واستخدمت المصطلح =

رضاء عمر .

وإن كان التعهد عن الغير بدون توكيل فهو فضول ، ويتوقف على رضاء ذلك الغير فإن أجازه لزم وإن لم يجزه بطل ، فإن ترتب على تعهد الفضولي ضرر وجب على الفضولي تعويض من تسبب له في هذا الضرر [1] .

وما ذكر من بيع شخص منزلًا وتعهده للمشتري بأن جاره يقطع شجرته التي تحول بين المنزل وبين منظر الشارع العام فهو على وجهين :

**أولًا** : إن كان المنزل مملوكًا للبائع فشرط إزالة الشجرة ملحوظ في البيع فهو تعهد

= المعروف في الفقه الإسلامي ، وهو مصطلح العقد الموقوف . وينطبق ذلك على المادة 439 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 127 من المشروع ، حيث نصت على أنه « يكون العقد موقوف النفاذ علي الإجازة إذا كان تصرفا في ملك الغير بدون إذنه » .

وطبقًا لذلك يكون بيع ملك الغير بدون إذنه موقوفا علي إجازة المالك . ، وهو ما أخذ به كل من التقنين العراقي والتقنين الأردني .

وفي ضوء فكرة العقد الموقوف يكون حكم البيع واحدا بالنسبة إلي كل من البائع والمشتري والمالك ، فهو موقوف في حقهم جميعًا ولا تأتي إجازته إلا من جانب المالك . فإذا صدرت هذه الإجازة أصبح العقد نافذًا في حق الجميع ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 4 ص 305 – 307 . انظر المذكرة الإيضاحية للمادتين 127 ، 128 من المشروع العراقي التي تنص علي ما يأتي : « فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلًا » . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 1/135 من التقنين العراقي التي تنص علي أن « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه موقوفًا علي إجازة المالك » .

كما يتفق مع ما جاءت به المادة 550 من التقنين الأردني التي تنص علي ما يأتي :

1 – إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .

2 – ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري ، وهو ما تناولته المادة 509 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « إذا باع شخص مالًا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع » . انظر في الفقه الإسلامي المواد 111 و 112 و 368 و 377 من المجلة ، والمادتين 355 و 396 من مرشد الحيران ، والمادتين 149 و 150 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومذكرتها الإيضاحية .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153 ) .

(1) قال الحطاب عن بيع الفضولي : « إنما يكون البيع موقوفًا على رضا المالك إذا لم يكن حاضرًا للبيع . قال ابن رشد : إن كان حاضرًا لصفقة فسكت حتى انقض المجلس لزمه البيع وكان له الثمن ، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه » . مواهب الجليل جـ 4 ص 271، والشرح الصغير جـ 3 ص 5 .

صاحب بيعًا ، وهو مقوم بمنفعة المبيع يزيد في قيمته متى أزيلت الشجرة ، فإن لم يصل البائع المتعهد إلى حمل الجار على قطع هذه الشجرة ، ويرضيه كما يشاء فللمشتري الخيار في إمضاء البيع أو رده ؛ لأن البائع أخل بشرط مقصود في العقد ، ومعلوم أن تعهد البائع بإزالة جاره للشجرة ليس ملزمًا للجار قطعًا ؛ لأنه التزام فضولي من البائع .

**ثانيًا** : إذا كان البائع لا يملك المنزل بل باعه عن مالكه بلا توكيل ، فلا البيع لازم ولا الشرط ؛ لأن البائع في كلتا الحالتين فضولي ، وعقود الفضولي وشروطه موقوفة حتى يقبلها من عملت في أملاكه أو عليه أو يردها [1] ، وهذا لا يخلي الفضولي من التعويض عن الضرر الذي يصيب من تعاقد معه [2] .

ويعرف تصرف الفضولي متى تبين أنه غير وكيل حتى ولو ادعى الوكالة وقت العقد أو التعهد . وأما الوكيل فعقوده وتعهداته فيما توكل فيه لازمة لموكله بمجرد إتمامها باسم موكله فتدخل في ملكه وتلزم ذمته مباشرة [3] .

وقد عاد المتشرعون الوضعيون إلى نغمتهم المعهودة وإنكارهم مصدر مآخذ تشريعهم ، وادعوا أن تشريعهم الحديث يجعل الموكل مالكًا بمجرد تعاقد وكيله باسمه ، وليس كتشريع القانون الروماني في أن الوكيل يتعاقد لنفسه أولًا فتنتقل له ملكية الشيء ثم ينقله بدوره لموكله ، ولم يعترفوا أن هذا هو التشريع الإسلامي الذي محا قاعدة التشريع الروماني وقرر أن الوكيل متى تعاقد باسم موكله انتقلت الملكية للموكل مباشرة بلا أي عمل آخر [4] .

تقررت هذه القاعدة أول التشريع الإسلامي حوالي سنة 600 ميلادية [5] تقريبًا

---

(1) من باع ملك غيره بدون إذنه ، فإن البيع موقوف على إجازة المالك فإن أجازه جاز ، ولو علم المشتري أن البائع فضولي ، وإن ردَّه رُدَّ . الخرشي على مختصر خليل ( 18/5 ) . وقال ابن رشد : « إذا اشترى الوكيل شيئًا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل » . بداية المجتهد جـ 2 ص 303 .

(2) بناء على القاعدة العامة القاضية برفع الضرر ، وإيجاب التعويض عن الضرر على المتسبب فيه .

(3) وللوكيل في توكيله على البيع طلب الثمن من المشترى ، وقبضه منه ؛ لأنه من توابع البيع الذي وكله عليه » الشرح الصغير ( 204/3 ) .

(4) قاعدة : الوكيل متى تعاقد باسم موكله انتقلت الملكية للموكل مباشرة بلا أي عمل آخر .

(5) بدأت بعثة الرسول ﷺ عام 610 م وكانت الهجرة إلى المدينة ونشأة المجتمع الإسلامي فيها عام 622 م وتوفي رسول الله ﷺ عام 632

ولم يكن التشريع الوضعي له وجود بعد القانون الروماني ، ثم توطدت هذه القاعدة في نفس أوربا منشأ ووجود القانون الروماني فألغت قاعدته ، ثم أخذها حضرات المتشرعين المحدثين عن التشريع الإسلامي ؛ لأنها قاعدة العقل السليم ، ونسبوها لأنفسهم وهكذا أمثال ذلك لا يعد ولا يحصى .

**وأما مديرو الأعمال فلهم حالتان :**

**أولًا** : مدير أعمال خاص في نوع من الأعمال كناظر زراعة ، أو مفتش زراعة ، أو مدير ، أو محصل ، أو موزع بضائع في محل تجاري ، فتعهد أمثال هؤلاء فيما وكل إليهم إدارته ملزم بها من عينهم بشرط أن يكون التصرف لمصلحة رب الملك ، وأن يكون ما تعاقد عليه أو ما تعهد به نافعًا ولازمًا لطبيعة عمله الذي يديره ، وأن يكون قد استعمل بالفعل فيما عهد إليه من إدارة الأعمال الموكولة إليه [1] .

فإن تعاقد ناظر عزبة مع تاجر على توريد سماد كيماوي كبنك التسليف أو على توريد بذور للزراعة ، أو تعهد لشخص سواق أنفار بدفع أجر الشغالة أو تعاقد على إيجار لبعض أطيان ، وجرى العرف بذلك فإن تعاقده وتعهداته ملزم بها

---

(1) تناولت المادة 702 من القانون المدني المصري ، ونصها :

1 - لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

2 - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات .

ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 695 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ومع المادة 702 من التقنين الكويتي ، المادة 838 من التقنين الأردني . وفي الفقه الإسلامي تنقسم الوكالة إلى وكالة عامة ووكالة خاصة . فالوكالة العامة ، ويقال لها الوكالة المفوضة ، تشمل جميع التصرفات ، حتى أعمال التبرع على خلاف في الرأي . و الوكالة الخاصة يتم فيها تعيين التصرف محل الوكالة . فإذا لم تنطو الوكالة علي تفويض للوكيل أو تعيين للتصرف فإنها تكون باطلة في رأى ، وتقتصر على أعمال الحفظ في رأي آخر .

فقد نصت المادة 346 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام مالك على ما يأتي : « الوكالة نوعان : وكالة مفوضة ، وهي تفويض التصرف للوكيل في كل ما تصح النيابة فيه من الحقوق المالية وغيرها ، إلا ما استثناه الموكل منها أو دل العرف على عدم اندراجه فيها . ووكالة خاصة ، وهي تعيين التصرف للوكيل في شيء خاص بنص أو عرف . فإن لم تفيد الوكالة بتفويض ولا بتعيين فإنها تكون باطلة » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 267 ) .

المالك فلو عزل هذا المدير أو الناظر إلخ ، وجب على من استخدمه الوفاء بما تعهد به مدة قيامه بإدارة أعماله .

فلو تعهد موزع تجارة من محل كبير مثلًا أن يرسل رسالة كذا لمحل معين اتفق معه عليها فصاحب محل التجارة ملزم بما تعهد به هذا الموزع ؛ لأنه يعمل لمصلحته وفي حدود عمله [1] .

والمحصل الذي اتفق مع مدين على إمهاله لآخر الشهر مثلًا ، فيلزم الدائن هذا الإمهال لأن المحصل بطبيعة عمله يرى أن هذا من مصلحة الدائن ، وتسليم الدائن عمله لمثل هذا العامل يدل على رضائه بما يعمل وهكذا .

فإن خرج واحد من هؤلاء عن تعهده أو عقده في طبيعة عمله فهو ملزم شخصيًا بما عمل بدون أية مسئولية على من وكل إليه العمل . فلو باع الناظر أو المفتش من الأطيان التي تحت إدارته كناظر أو مفتش أو مدير ( يعني له الإدارة فقط ) أو وهب موزع التجارة لعملاء المحل ما يجب أن يكون بثمن ، أو أبرأ المحصل مدينًا في مبلغ كان مدينا به إلخ فلا يلزم صاحب الملك شيء من هذه التصرفات إلا إذا أجازها هو برضاه واختياره ، وهذا كله معمولٌ به عرفًا وعادة [2] .

**ثانيًا** : مدير أعمال عام ، ( يعني وليس وكيلًا ) كتصرف زوج في أملاك

---

(1) قال ابن رشد عن تقسيم الوكالة : « أما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد ، وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة عنده هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمَّى فيه شيء دون شيء ، وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض » . بداية المجتهد جـ 2 ص 302 .

(2) تناولت المادة 703 من القانون المدني المصري بعض أحكام الوكالة ، ونصها :

1 - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

2 - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفًا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق علي هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

وقد تناولت هذه الأحكام ذاتها المادة 697 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وهو ما يتفق مع المادة 933 من التقنين العراقي ، والمادة 704 من التقنين الكويتي .

وتتفق أحكام هذه المواد جميعها مع مقررات الفقه الإسلامي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 268 ، 269 ) .

زوجته ، وهي عالمة ساكتة ، وكتصرف أخ أكبر على إخوته وهم عالمون ساكتون كما هي العادة في الأرياف أن يموت المورث مثلًا فيترك أربعة أولاد بالغين فيتصرف الأكبر ، أو يتصرف عليهم أرشدهم فيبيع المواشي المملوكة للكل والمحصول الناتج من أرض الميراث بل وبعض العقارات بسكوت إخوته ، فتصرفه جائز على نفسه وعليهم ؛ لأنه محمول على التوكيل العرفي والعادة كذلك فيمضي فعله والقول قوله حتى يثبت المنع للمتصرف من رب المال [1] .

ويشترط في مثل هذه الحالة أن يفعل المتصرف المصلحة ، ولا يختص بشيء لنفسه فإن فعل غير المصلحة ، أو اختص بشيء لنفسه عزل ، وهو كالوكيل سواء بسواء .

وأما تعهد المتعهد للغير بقبول تعهده لدى الغير فلم يخرج هذا المتعهد عن كونه فضوليًا ، لأنه لا يمكنه جبر الغير على هذا القبول ، فإن قبل الغير تعهُّد هذا الفضولي فبها ، وإلا فعليه تعويض من تعهد له بقبول تعهده عند حصول ضرر ، فإن قال المتعهد للغير باسمه : إن لم يقبل تعهدي هذا فأنا به كفيل أو أنا ضامن إلخ ، مما يدل على الضمان فهو ليس ضامنًا عند عدم التنفيذ . وبما أنه لا قدرة له على جبر من تعهد باسمه للتنفيذ فهو غارم لما ينتج عن عدم التنفيذ من ضرر لأنه غرر به ؛ لأنه يشترط في صحة الضمان أن يكون المضمون دينًا صحيحًا في الذمة أو آيلا للثبوت [2] . وهذا التعهد ليس بدين في ذمة الغير الذي تعهد باسمه أن يعمل كذا مثلًا ، ولا آيل للثبوت ، ولا يعدو الأمر أنه تعهد من فضولي فضمانه من الشخص الآخر ليس مالًا ، ولا مقومًا بمال ، ولا آيلا للمال فضمانه باطل ، ولا شيء عليه إلا تعويض ما تسبب فيه من ضرر لمن تعهد له بقبول تعهده [3] .

## بند [ 89 ] الشروط للغير

**القانون الفرنسي** : القاعدة أنه لا يجوز اشتراط شيء للغير باسم المشترط خاصة ، ولهذا معنيان :

---

(1) « إذا تصرف الزوج في مال زوجته ، وهي عالمة ساكتة ، أو تصرف لإخوته كذلك ، فإنه محمول على الوكالة فيضمن فعله » . الشرح الصغير ( 203/3 ) .

(2) قاعدة : لا يصح الضمان إلا أن يكون المضمون دينًا صحيحًا في الذمة أو آيلًا للثبوت .

(3) راجع في هذا مواهب الجليل جـ 4 ص 271 .

**أولًا** : أن يشترط أحد المتعاقدين لثالث شرطًا يعود عليه بمنفعة باسم المتعاقد ، فلا يُكْسِبُ من اشْتُرِط له حق بهذا الشرط أنه لم يكن حاضرًا طرفًا في العقد ، ولم يوكل أحد الطرفين الذي اشترط له ؛ لأنه اشترط باسمه خاصة .

**ثانيًا** : لا يجب على المشترط تعويض ، ولا يلزم الطرف الثاني الذي قبل الشرط للغير أن يؤدي للغير أي شيء ، فلا المشترط ملزم ، ولا القابل ملزم ولا ينتج للشخص الثالث أي حق قَبِلهَمُا أو قِبَلَ أحدهما .

ولذلك لا يوجد إكراه ، ولا يترتب عقاب ، فالشرط للغير باسم المتعاقد لغو . فإن وجد إكراه يصح استعماله قانونًا ، وترتب عقاب كذلك ، كان الشرط للغير باسم المشترط صحيحًا في مسألتين :

**الأولى** : حينما يكون الشرط للغير شرطًا لنفس المشترط،كمن باع منزلًا لآخر بشرط أن يدفع له سنويًّا ألف فرنك ، ويدفع لزيد مبلغًا معينًا كل سنة فيصح الشرط للغير لأن المتعهد لو أخل بتعهده أمكن إكراهه قانونًا ، وعقابه بفسخ العقد .

**الثانية** : حينما يكون الشرط للغير شرطًا في العطاء لآخر كمن وهب منزلًا لزيد بشرط أن يدفع لعمر معاشًا سنويًّا 10 جنيهات مصرية مثلًا صح الشرط ، ووجب النفاذ وإلا جاز للمعطي سحب عطائه لعدم تنفيذ شروط عطيته .

وقد طبق المتشرعون هذا الاستثناء الأخير على عقد التأمين على الحياة ، وهو عقد بين شخص وشركة تأمين يتضمن أن يدفع سنويًّا قدرًا معينًا على أنه إن مات في مدة كذا سنة تدفع الشركة إلى شخص معين مبلغًا محدودًا ، ويطبق هذا في الشرط الجزائي ، وفي عقود المقاولين،وفي عقد النقل .

وفي الواقع أصبحت هذه القاعدة لا قيمة لها ؛ لكثرة ما استثني منها .

## نتائج الشروط لأجل الغير :

**أولًا** – بين المشترط والموعد : عدم وجود دعوى مباشرة ضد القابل للشرط لإكراهه على تنفيذ الشرط للغير ، ولكن يوجد أسباب غير مباشرة لإجباره على التنفيذ ، وذلك إما باسترجاع الواهب هبته من الموهوب له ، وإما بفسخ عقد البيع المشترط فيه للغير ، وإما برفع دعوى لدفع الشرط الجزائي المتفق عليه لعدم تنفيذ شرط العقد .

**ثانيًا** : بين الموعد والثالث . يجب التفريق بين حالتين : حالة قبول الثالث للشرط المدون لمنفعته ، وحالة عدم قبوله ، فعند عدم قبوله يعتبر أجنبيًا من المتعاقدين ، ولا شأن له قبل المُوعِد أو القابل للشرط ، وفي حالة القبول يتدخل بنفسه ، ويصبح دائنًا للقابل مباشرة .

## طبيعة قبول الشخص الثالث القانونية :

## لذلك نظريتان :

**الأولى** : الشرط للشخص الثالث يعتبر كأنه إيجاب من المشترط للغير أقامه بدله في منفعة الشرط .

**والثانية** : الشرط للغير يعتبر كمدير أشغال اشترط المنفعة للغير فقبول الغير يعتبر تأكيدًا لهذا العمل ، ويجوز للغير المشترط له أن يقبل في أي وقت يشاء ما دام المشترط لم يسترد شرطه ، أو يعفي طرف العقد الآخر من هذا الشرط .

فإن مات أو أفلس المشترط فللغير القبول بعد ذلك أيضًا ، وهو صحيح على نظرية أن المشترط وكيل أشغال فموته لا يضر بالشرط للغير ويصح قبوله ، وعلى نظرية أنه إيجاب كذلك بالرغم من عدم وضوحها ، ولا دخل للورثة ولا لدائني المشترط .

فلو تعاقد زيد مع شركة التأمين على الحياة على أن يدفع كذا شهريًا لمدة معينة ، وعلى أنه لو مات في مدة كذا تدفع الشركة لزوجه أو لشخص آخر عيَّنه قدرًا من المال ، ثم مات زيد قبل قبول زوجه أو الشخص الآخر ، فلا يتدخل الورثة ولا الدائنون ما دام المشترط له قبل ما شرط له في هذا العقد .

ولا يشترط في القبول أي صيغة ولا أي شكل . ويصح القبول صراحةً أو ضمنًا . ونتيجة قبول الغير ترجع إلى الماضي أي إلى ساعة إتمام العقد كأنه كان متعاقدًا مع القابل للشرط ، وكان يمثله المشترط للغير ، وينتج عن ذلك :

**أولًا** : للغير الذي قبل الشرط له دعوى مستقلة يباشرها قِبَلَ الذي تعهد بهذا الشرط باسمه لإكراهه على أن يؤدي ما اشترط له في العقد .

**ثانيًا** : تعتبر الفائدة التي تعود على الغير المشترط له في العقد بعيدة عن أملاك المشترط للغير نهائيًا بمعنى أنها لا تحسب من تركته ، ولا سلطان لدائني المشترط عليها ، ولا تدخل ضمن أملاك المفلس حتى يكون للدائنين فيها سهم ، بل تبقى الفائدة المشترطة للغير لهذا الغير فقط متى قبلها .

## إمكان استرجاع الشرط للغير :

يمكن لمن اشترط للغير أن يرجع عن شرطه ويلغيه مادام الغير لم يقبل .فإن قبل فلا رجوع لتعلق حقه به ، وهذا يتفق مع نظرية العرض أو الإيجاب ، ولا يتفق مع نظرية وكيل الأشغال .

وحق الرجوع للمشترط للغير حق لنفسه هو بلا احتياج لقبول الطرف الثاني القابل للشرط في العقد إلا إذا تعلق بالشرط حقه فلا بد من رضاه بذلك ، ويجوز هذا الحق لورثة المشترط مادام الغير لم يقبل .

ونتيجة إلغاء الشرط حرمان الغير من الفائدة المشترطة التي كانت تعود عليه [1] .

## العلاقة بين المشترط للغير والغير :

يمكن إرجاع الشرط بين المشترط للغير وبين الغير إلى أنه عمل نظير مقابل إذا كان المشترط مدينًا للغير فهو دفع لدينه وإبراء لذمته ، ويصح إرجاعه إلى أنه عمل بلا مقابل إذا لم تكن بينهما مديونية سابقة ، وكأن المشترط يقصد عمل البر وإدخال السرور على الغير ، فيأخذ جميع شروط الهبة في غير الشكل حيث إنه عقد تابع لعقد آخر .

## بند [ 90 ] الشروط للغير

**التشريع الإسلامي** : الشروط للغير [2] لا يخلو أمرها من أن تكون استقلالية أو

(1) انظر : البنود من 1168 إلى 1184 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 260 ، 264 .

(2) تضمن الفقه الإسلامي الاعتراف ببعض العقود التي تعتبر ولا ريب من قبيل عقود الاشتراط لمصلحة الغير ، وذلك كعقد الظئر وعقد المعلم ؛ فهذان العقدان ينصبان بطبيعتهما على تحقيق مصلحة للغير وهو الرضيع والمتعلم . ويعترف الفقه الإسلامي كذلك بنوع آخر من الشروط المقارنة في العقد والمتضمنة تحقيق مصلحة خاصة لغير طرفي العقد ، من ذلك أن يبيع أرضا ويشترط على المشتري بناءها مسجدًا أو مدرسة ، أو يبيع طعامًا ويشترط التصدق به أو عبدا ويشترط على المشتري عتقه ، أو يبيع شيئًا ويشترط المشتري على البائع إقراض أجنبي شيئًا من الثمن . وقد حكى ابن عابدين اختلاف الفقهاء في صحة مثل هذه الشروط ورجح تصحيحها ( الحاشية 86/5 وما بعدها ) ، ولا يرى مالك بأسا في بيع العبد مع اشتراط عتقه 152/9 ) ، وذكر ابن قدامة جواز الإقراض مع اشتراط دفع القرض إلى عيال المقترض ( المغني 286/4 ) ومنه الاتفاق في المضاربة على إعطاء أجنبي نسبة من الربح ( المغنى 30/5 وما بعدها ) . وفي الخرشي 209/6 أنه يجوز اشتراط ربح القراض كله لرب المال أو للعامل أو لأجنبي ويلزمهما الوفاء بذلك . ولعل المالكية أكثر توسعًا من غيرهم في هذا الموضوع ودافع عن هذا المفهوم ابن تيمية .

تبعًا لعقد ، فإن كانت استقلالية فهي لغو لا قيمة لها فلا تلزم المشترط ولا المشترط له ولا القابل ، ومع التحقيق لا يوجد شرط مستقل ؛ لأن معنى شرط أن يكون عقد ، وأن يشترط أحد المتعاقدين شيئًا فيه وهذا هو الشق الثاني من البحث فيكون الشق الأول وهو وجود شرط استقلالي مجرد فرض .

وأما الشروط التبعية : فهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر عقدًا ملزمًا ، ويشترط أحدهما شرطًا فيه ويستوي الشرط لنفس العاقد أو للغير فما صح اشتراطه لأحد الطرفين يجوز اشتراطه للغير [1] .

والشرط في العقد إما ألا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه ، أو يخل بالثمن ، أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه ولا ينافيه [2] .

فيصح الشرط في العقد للنفس وللغير فيما يقتضيه العقد وفيما لا يقتضيه ولا ينافيه ، ولا يصح الشرط فيما لا يقتضيه العقد ، وينافي المقصود منه ، أو يخل بالثمن أو المثمن [3] .

---

(1) اختلف الفقهاء المسلمون في حكم الاشتراط في العقد لمصلحة الغير على النحو الذي سبق توضيحه في الهامش السابق ، واتجه ابن تيمية إلى قبوله من فهمه لتصحيح الشروط المقترنة بالعقد وحرية المتعاقدين (الفتاوى الكبرى 474/3 – 497 ، وانتهى الامر إلى أخذ القوانين العربية بالتوسع في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود وتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ، فأصبح من الجائز أن يرتب العقد حقًّا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك ، وما دام الغير يقبله ، وهو ما أخذت به المادة 152 من القانون المدني المصري ، والمادة 156 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية و 153 سوري و 208 أردني . وقد تمثل هذا التوسع فيما أخذت به المواد 156 مصري و 158 مشروع طبقًا لأحكام الشريعة و 154 عراقي و 212 أردني من جواز أن يكون الأجنبي المستفيد بالشرط شخصًا مستقبلًا أو جهة مستقبلة أو شخصًا غير معين عند التعاقد ، فانطوى بذلك الرأي القاضي باقتصار أثر العقود على المتعاقدين وحدهما دون غيرهما ، وهو الرأي الذي عبر عنه كثير من الفقهاء المسلمين انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 192/5 وما بعدها .

(2) توسع الحنابلة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود ، وأجازوا منها كل مالا يعارض أصلًا شرعيًا ، وبنوا موقفهم هذا على قوله ﷺ : المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حرامًا أو حرم حلالا . المغني لابن قدامة 48/4 وما بعدها . ويقترب متأخروا الأحناف من ذلك عندما أخذوا بتصحيح الشروط المقترنة بالعقود إذا جرت بها عادة أو عرف وتضمنت منفعة لأحد العاقدين . البدائع 168/5 وما بعدها والمادة 321 من مرشد الحيران والمادة التالية لها ، وانظر مذهب الشافعية في المهذب 268/1 والمجموع 363/9 والمالكية في الخرشي 80/5 وما بعدها ، والموازنة بين هذه المذاهب في مصادر الحق للسنهوري 112/3 وما بعدها .

(3) قال المواق : « قال ابن شاس : أما شرط لا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته كشرط =

فيصح البيع والشرط للغير كمن باع منزلًا واشترط على المشتري دفع 100 جنيه مثلًا لزيد من الناس فالبيع صحيح والشرط صحيح ، فإن كان المبلغ غير معين أو مدة الدفع مجهولة كمدى الحياة ، فلا يصح الشرط لأن المبلغ الذي سيدفع محسوب من الثمن فيكون مجهولًا والواجب معرفته .

فلو دفع المشتري المبلغ المعلوم لزيد من الناس فقد وفى بما التزم ، وإن لم يدفع فللبائع إلزامه قضاءً بالدفع . وللمشترط له متى قبل مطالبة الملتزم بما تعهد به لأنه تعلق به حقه فأصبح ملكه فيورث عنه .

وفي هبة الثواب يصح الشرط للغير . وهبة الثواب أن تعطي شيئًا هبة في مناسبة فرح أو حج أو طهور ، وتعارف الناس على أن ترد في مثل هذه المناسبات ، فلو اشترط الواهب في هبته في فرح ( هدية فرح ) أن تُرَد لولد ولده حيث إنه لا ولد له تعين العمل بالشرط وأجبر المتعهد بردها لمن عينه الواهب للثواب [1] .

وأما ما ذكر من ترتيب معاش سنويًا فلا يجوز للجهالة ، لأنه لا يعرف كم يعيش فلا تصح . وقد سبق التكلم على عقد التأمين على الحياة ، وهو عقد باطل فلا يصح الشرط فيه . وأما الشرط الجزائي فهو صحيح كما أراه ، وإن كان المنصوص غيره ، وهو أن يشترط البائع على المشتري إن لم يدفع الثمن في يوم كذا أو يستلم المبيع في يوم كذا ، أو يشترط المشتري إن لم يسلم البائع المبيع في يوم

---

= الرهن والحميل والأجل المعلوم والخيار الصحيح فكل ذلك خارج عن محمل النهي ، ويصح البيع مع اشتراطه » . التاج والإكليل جـ 4 ص 375 ، وراجع بتفصيل أكثر وتوسُّع عند الحطاب في مواهب الجليل جـ 4 ص 375 ، 376 . وقد تناولت المادة 131 من التقنين العراقي أحكام الشروط المقترنة بالعقد ، ونصت على جواز اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريا به العرف والعادة ، وهو العرف والعادة ، وهو ما تناولته المادة 164 أردني والمادة 175 كويتي والمادة 123 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 112/3 – 195 .

(1) قال ابن رشد : « أما هبة الثواب فاختلفوا فيها فمن رآه بيعًا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز ، ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز ، وكأن مالكها جعل العرف فيها مميزًا لهذا الشرط وهو ثواب مثلها ؛ ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب فما الحكم ؟ فقيل : تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل : لا تلزمه إلا أن يرضيه » . بداية المجتهد جـ 2 ص 331 . مواهب الجليل جـ 4 ص 51 ، التاج والإكليل جـ 4 ص 51 ، 52 .

كذا فيكون ملزمًا بدفع كذا غرامة له أو تعويضًا عن التأخير ، فهذا شرط لا ينافي ما قصد من عقد البيع ، ولم يخل بالثمن فهو صحيح فيصح شرطه لنفس المتعاقد ، ويصح شرطه للغير كذلك [1] .

والشرط في عقود المقاولين ، كمن اشترط مع شركة التأمين على أن كل عامل يصاب أثناء عمله تدفع الشركة للعامل كذا كل شهر أو كل سنة فهو اتفاق جر غررًا وهو مرهون بالقضاء والقدر ؛ لأنه غير معروف هل يصاب عامل أو أكثر أو يصاب أحد فهو غير صحيح فالشرط فيه للغير باطل .

والشرط في عقد النقل ، كمن تعاقد مع شركة لنقل شيء معين ، واشترط على الشركة أنه في حالة فقد هذا الشيء أو تلفه تدفع الشركة قيمته لشخص ثالث عينه في العقد . فإن كانت الأشياء المنقولة مما يصح فيها الضمان ، أو كانت الشركة ضامنة بالفعل ، لأن التلف أو الفقد نتج عن إهمالها ، فيصح العقد والشرط ويجب العمل به . وإن كان لاضمان فيه ، ولا يصح اشتراط الضمان فيه فالشرط لاغ ، ولا يلزم به شيء ، فالمنظور إليه صحة العقد الذي وقع فيه الشرط وعدم صحته لا نفس الشرط .

العلاقة بين المشترط والموعد : متى وقع الشرط صحيحًا ، وقبله المشترط له فقد تعلق حق الغير بما يترتب على الشرط فللمشترط إجبار المشترط عليه للوفاء بما تعهد به قضاءً ، وللمشترط له مطالبة من التزم بالشرط بالوفاء بما تعهد به بقبوله الشرط ، فلكل منهما حق ومصلحة في الوفاء بالشرط .

والعلاقة بين قابل الشرط والمشترط له أنه متى قبل المشترط له الشرط أصبح

---

(1) يتفق رأي المؤلف في تصحيح الشرط الجزائي وفي مسئولية العاقد الذي يخل بالتزامه عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر من هذا الإخلال مع الاتجاهات الحديثة في النظر الفقهي المعاصر القائم على التخير من الآراء الفقهية . وجمهور الفقهاء المسلمين على أن الملتزم يجب عليه الوفاء بالتزامه العقدي عينا ، فإن لم يفعل أجبره القاضي على ذلك ، فإن متنع عزر إلى أن يمتثل وينفذ على ماله بالطرق المعهودة في التنفيذ على المدين ، إلا إذا ظهر إعساره فينظره الدائن إلى حين ميسرة . أما تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء فلا ينظر جمهور الفقهاء إليه على أنه أمر جائز ، لأن أخذ المال عندهم لا يكون إلا بوجه التبرع أو في مقابلة مال أتلف ، وإلا فإنه يكون من أكل أموال الناس بالباطل ، ويكون المدين قد دفع مالا بغير مقابل له . الضمان لعلي الخفيف 17/1 – 18 وراجع الآراء الأخرى في ضمان العدوان محمد سراج .

مداينًا للمشترط في التعاقد مباشرة فله جبره على الوفاء ، وإن لم يقبل الشرط فهو أجنبي ولا علاقة بينهما .

وطبيعة قبول الشخص الثالث القانونية هي قبول لعقد الهبة فتجري عليه أحكام الهبة . وإن كان الشرط نظير دين فهو وفاء لما في الذمة . ومتى قبل الشرط برئت ذمة المدين . فإن كان الشرط للغير من قبيل الهبة فللمشروط له القبول متى شاء بشرط ألا يسترد المشترط شرطه ، ويُعفي قابل الشرط منه أو يحيط الدين به أو يجن أو يمرض فيموت مجنونًا أو من هذا المرض أو يموت المشترط له كل هذا قبل الحوز والقبول ؛ لأن الحيازة لتمام الهبة والقبول ركن فيها . فليس لورثة المشترط له القبول في هذه الأحوال . وإن كان الشرط من قبيل الوفاء بالدين وإبراء الذمة فإنه يشترط قبول الدائن حتى يتم براءة ذمة المدين . فإن مات المشترط أو أفلس فللمشترط له القبول ؛ لأنه هو صاحب الحق في القبول أو الرفض ؛ لأنه هو الدائن فليس للورثة المعارضة ؛ لأن الشرط لبراءة ذمة المشترط مما ترتب فيها والواجب عليهم سداد الديون أولًا من التركة ، فإن بقي لهم شيء قسموه بينهم حسب الفريضة الشرعية ، فإن مات المشترط له قبل القبول فلورثته القبول ؛ لأن وفاء الدين الذي ترتب في الذمة واجب على المشترط ، فإن رأى ورثة الدائن أن هذا الشرط يحقق وفاء دينهم ولم يسترد المشترط شرطه ولم يعف المشترط عليه صح لهم القبول .

وأما إفلاس المشترط فإن كان قد اشترط للغير كهبة وكان رأس ماله يوازي دينه أو أقل من دينه فإنه شرط موقوف على رضاء دائنيه ، وإن كان قد اشترط للغير وفاء لدين فإن كان دينه يوازي أو أقل من رأس ماله جاز له الشرط لأنه تصرف بعوض وهو ليس بممنوع منه ، وهو معروف بما قبل التفليس . وأما بعد التفليس فليس له شرط لأحد إطلاقًا سواء أكان من قبيل الهبة أم من قبيل وفاء الدين ؛ لأن هذا فيه هبة ، وهو ممنوع منها أو فيه تفضيل بعض الدائنين بالوفاء دون البعض الآخر وهو ممنوع منه وهذا في ( التفليس بالمعنى الأعم ) .

ونتيجة قبول المشترط له الشرط تعتبر من تاريخ قبوله إذا كان سداد الدين ومن تاريخ الشرط إذا كان من قبيل الهبة . ومتى تم القبول من المشترط له فله الحق شرعًا في إكراه قابل الشرط على الوفاء بما تعهد به ، فإن صحت الهبة فلا كلام

لوارث المشترط وإلا فهي تركة وكذلك وفاء الدين [1] .

**استرجاع الشرط للغير :**

لا يجوز للمشترط سحب شرطه متى كان الشرط من قبيل الهبة وقبلها المشترط له فإن لم يقبل أو كان من قبيل الوفاء بالدين ولم يقبل المشترط له أيضًا يصح له الرجوع بشرطه إلا إذا تعلق حق المشترط عليه بهذا الشرط وكان له فيه مصلحة فليس له الرجوع إلا برضاء المشترط عليه .

ويجوز لورثة المشترط سحب الشرط مادام المشترط له لم يقبل حال حياة مورثهم في الهبة . أما وفاء الدين فلا ، ويجوز للمشترط له قبول الشرط وفاء لدينه حتى بعد وفاة المشترط .

ومتى ألغي الشرط اعتبر كأن لم يكن ، ويمكن تخريج الشرط على أنه هبة للمشترط له إذا كان بدون عوض ، وإن كان بعوض فهو وفاء لدين .

**بند [ 91 ] نتائج العقود**

**القانون الفرنسي** : ملاحظة عامة سيكون الكلام في هذا الباب على نتائج العقد العامة وهي ترجع إلى أصلين :

**الأول** : الاتفاق واجب النفاذ على الطرفين فقط .

**الثاني** : الاتفاق لا ينتج أية نتيجة بالنسبة للشخص الثالث .

القوة المفروضة على الطرفين :

القاعدة الأساسية أن الاتفاقات المنعقدة قانونًا تأخذ مكان القانون بين المتعاقدين ( الاتفاقات القانونية هي قانون المتعاقدين ) بمعنى أن الطرفين ملزمان بتنفيذ الاتفاق كما هما ملزمان بملاحظة القانون ، وأن ترتيبات القانون الموضحة لإرادة المتعاقدين لا يجب تطبيقها بالنسبة لكل نقطة وُضحت بصراحة من الطرفين في العقد . وينتج من هذا أن المحاكم يجب عليها تنفيذ العقود في فحواها ولبها ، فلا يمكنها

---

(1) عرف الدردير الفلس بأنه : إحاطة الدين بمال المدين ، فيمنعه الهبة وما في معناها لا البيع والشراء والتصرف اللازم؛ ما لم تقم عليه الغرماء ، والتفليس الأعم قيام ذي دين حل أحله أو كان حالًا أصالة على مدين إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 333 ، وإرشاد السالك ص 105 .

تخفيض القدر المتعهد به في العقد بدعوى تجاوز الحد . ومع ذلك فالمحاكم تخالف هذه القاعدة عمليًا . والتشريع الحديث قد اتجه إلى الحد من مغالاة القوي على الضعيف في شرطه عند التعاقد ، فلا ينفذ من الشروط إلا ما فيه اعتدال والخالي من الإجحاف ، كما يجب تنفيذ الاتفاق بحسن نية .

معنى كلمة طرفي العقد : طرفا العقد لفظ يشمل كل من اشترك في العقد اشتراكًا فعليًا بنفسه أو بمن يمثله قانونًا ويلحق بهم من تلقوا عنهم الملك بعنوان عام ، ومن تلقى عن طرفي العقد الحق في العقد بعنوان عام هم : كل من امتلك كل أو جزء أموال شخص آخر ( الورثة ، الورثة غير النظاميين ، الموصى لهم العموميون أو بعنوان عام ، الموهوب لهم أملاك مستقبلة موضحة [1] في عقد ترتيب أملاك الزوجين ) .

حالة من تلقى الملك عن المتعاقدين : في الأصل من تلقى الحق عن المتعاقدين بعنوان عام له حق من تلقى عنه من التزام وإلزام ، وكأنه كان متعاقدًا ، ويستثنى من ذلك :

**أولًا** : متى كان ذلك مشروطًا في عقد الاتفاق بأن اشترط المدين أن دينه لا يحل مدة حياته فإن مات دفع الورثة الدين المذكور ، فعليهم دفعه .

**ثانيًا** : متى كان بنص القانون كالوكالة عن شركة واستئجار عمل .

**ثالثًا** : متى كان منصوصًا عليه في العقد كمعاش مدى الحياة أو ترتيب منفعة كذلك . ولا يمكن الاشتراط أو القبول في عقد من العقود إلى واحد من ورثته ، كمن باع منزلًا واشترط أن يُدفع بعد موته ثمنه إلى أصغر أولاده ، وهو يأخذ مدة حياته الفائدة والمعاش سنويًا . ومع ذلك فيمكن للمورث الهبة أو الوصية لهذا الوارث بما يطابق القانون ، والوارث يمثل مورثه في نصيبه من التركة فقط فهو أجنبي منه فيما زاد فالشرط له أو القبول باطل قانونًا .

من تلقى الحق عن المتعاقد بعنوان خاص : وهم الذين لم يأخذوا التركة ولا جزءًا منها غير محدد كالربع كالمشترين والموهوب لهم ، والموصى لهم بعنوان خاص .

**والقاعدة الأساسية** : أن عقود من تلقوا عنهم الملك لا تلحق بهم شيئًا لا من رأس المال ولا من الدين ، إلا إذا اشترى زيد عقارًا له حق ارتفاق فإن زيدًا مؤاخذ

---

(1) في الأصل : [ الموضحة ] .

بما تعهد به من أخذ عنه الملكية وتنتقل الملكية بما لها وما عليها ، إلا إذا تنازل صاحب دين عن مدينه فيتبعه الضامن ؛ لأن عقده تابع لعقد الدين الأصلي .

حالة الدائنين بورقة عرفية : حالتهم تقرب من حالة من تلقوا الحق بعنوان عام فهم يتحملون تصرف مدينهم نافعًا أو ضارًّا حيث كان لهم ضمان عام على أملاك مدينهم ، ومع ذلك فحالتهم كحالة من تلقوا الحق بعنوان خاص بما منحهم القانون من حق مجموع الدائنين من دعوى ( إبليك أو بولين ) فيما إذا أضر بهم تصرف مدينهم ، وقد يعتبرون من الغير [1] .

## بند [ 92 ] نتائج العقود

**التشريع الإسلامي** : متى تم التعاقد مستوفيًا [2] للشروط والأركان كان ميثاقًا وعهدًا بين الطرفين يجب الوفاء به كل فيما تعهد به [3] ، ولا يمس اتفاقٌ بين شخصين أو أشخاص شخصًا ثالثًا ليس طرفًا فيه بشخصه أو بمن يمثله كوكيله أو وصيه أو وليه ، فما دام الاتفاق ليس خارجًا عن القانون العام وسببه حلال ، وليس فيه أكل أموال الناس بالباطل وجب على القاضي الحكم ببنوده وشروطه بلا تدخل فيه بتعديل أيًّا كان . فإن كان الاتفاق خارجًا عن القانون العام أو كان ملزمًا لشخص ليس طرفًا فيه لا بشخصه ، ولا بمن يمثله أو كان سببه حرامًا أو كان فيه أكل أموال الناس بالباطل ، كمن اشترط على بائعه إن لم يسلمه المبيع في وقت معين يكون ملزمًا برد ما أخذه من الثمن ومثله على سبيل التعويض ، وكان ما حصل من ضرر تأخير التسليم لا يوازي جزءًا من عشرة من الثمن ، فلا يجوز القضاء بالتعويض على علاته حسب الشرط ، لأن المشترط سيأخذه بلا مقابل لا على أنه هدية سمحت به نفس الواهب بل على أنه حق واجب الأداء ، فلا يحل للقاضي الحكم به ولا يحل لصاحب الشرط أن يأخذه لأنه بلا حق .

---

(1) انظر : البنود من 1134 إلى 1145 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 253 : 255 .

(2) قاعدة : إذا تم التعاقد واستوفى العقد الشروط والأركان من الأطراف المتعاقدة فيجب الوفاء به كل فيما تعهد به .

(3) البيع لازم للمتبايعين إذا تم البيع بينهما . المدونة ( 253/3 ) .

## طرفا العقد :

معنى كلمة « طرفا العقد » : هي كل من اشترك بالفعل وقت تكوين العقد بنفسه أو بمن يمثله قانونًا ، ويدخل في حكم من اشترك في العقد من يتلقى عنه الحق كالورثة والموصى لهم بجزء معين من التركة كالربع مثلًا أو الثلث [1] .

فإن تعاقد شخص على مشترى أرض مثلًا بثمن مؤجل على سنين معلومة كل سنة كذا ، ثم مات قبل مضي المدة ، وبقي عليه شيء من المقسط من الثمن فعلى ورثته دفع ذلك . فإن كان قد أوصى بثلث تركته لزيد مثلًا [2] فلا يأخذ الموصى له ثلث التركة إلا إذا دفع ما خص الثلث من دين المتوفى إن كان الدين حالًّا ، فإن كان مؤجلًا لزمه كذلك . فإن لم يدفع الورثة أو الموصى له الدين الذي على التركة بيعت التركة وسدد الدين . فإن بقي لهم شيء كان تركة .

وأما الشرط بعدم حلول دينه مدة حياته ( يعني يحل بموته لا مدة حياته ) ففيه خلاف بين الفقهاء ، فقال بعضهم : يعمَل به ولا يحل دينه إلا بوفاته ، وقال بعضهم بالتفصيل ففرّق بين الدين الذي أصله بيع والدين الذي أصله غير بيع ، ففي دين البيع لا يجوز متى وقع الشرط في صلب العقد ؛ لأنه يؤول إلى البيع بأجل مجهول فهو فاسد ، فإن وقع لا في صلب العقد جاز [3] .

ومعلوم أن دين القرض يجب الوفاء به متى كان [4] لوقت معلوم أو جرى

---

(1) العقد الصحيح هو العقد الذي رتب الشارع أحكامه عليه لاجتماع أركانه وشروطه . وقد قسم ابن رشد العقد إلى صحيح نافذ وموقوف . بداية المجتهد جـ 2 ص 171 .

(2) إذ لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث ، وذلك لما ثبت عن رسول الله ﷺ « أنه عاد سعد بن أبي وقاص ، فقال له : يا رسول الله قد بلغ منى الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله ﷺ : « لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله ﷺ : الثلث ، والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » . انظر حكم الوصية بأكثر من الثلث وتوقفها على إذن الورثة في بداية المجتهد ( 335/2 ) .

(3) قال الدردير : « البيع عقد معاوضة ، ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ... ثم قال : وركنه أي أركانه التي تتوقف عليه حقيقته ثلاثة : عاقد من بائع ومشتر » . الشرح الصغير جـ 3 ص 1 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 221 ، 222 .

(4) قاعدة القرض دين يجب الوفاء به متى كان لوقت معلوم أو مدة محددة .

العرف بمدة محددة فإن لم يكن عرف ولا شرط فهو كالعارية يبقى للوقت الذي ينتفع به عادة . فإن شرط المقرض أو المقترض مثلًا أن دينه يحل بعد موته وأن ورثته يقضون دينه ، أو كان الدين من بيع ووقع الشرط لا في صلب العقد على قول أو كان من غير بيع وفي أي عقد صح الشرط في تأجيل الدين فقط لا في إلزام الوارث بالأداء ، لأن الوارث ليس طرفًا في الاتفاق ولم يلتزم ذلك ، وإنما يقضي الدين إطلاقًا من التركة قبل قسمها (1) .

وأما الوكيل عن الشركة فالتزامه ملزم للشركة التي هو وكيل عنها في الالتزام ، والوكيل غير ملزم متى عمل باسمه كوكيل وكان في حدود توكيله . وأما استئجار العمل فإن كان خاصًا بشخص الملتزم فلا ينتقل للورثة كالاتفاق مع صانع ماهر

(1) القرض من العقود الجائزة عند جمهور الفقهاء ، ومعناه أن للمقرض الحق في المطالبة به في أي وقت ، خلافًا للمالكية الذين ذهبوا إلى أن القرض عقد جائز إذا لم يقيد بمدة معينة ، فإن اتفق الطرفان على وقت لزم ذلك ، ولم يكن من حق الدائن المطالبة بأخذ القرض قبل حلول الأجل المتفق عليه . وهذا هو ما أخذت به القوانين المدنية العربية المعاصرة ، فالمادة 543 من القانون المدني المصري تنص على أنه « ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه » ، كذلك فإن نص المادة 548 من التقنين الكويتي هو :

1 - على المقترض أن يرد المثل عند حلول الأجل المتفق عليه أو بسقوطه .

2 - فإذا لم يتفق علي أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضي ميعادًا مناسبًا وفقا للظروف .

والمادة 643 من التقنين الأردني تنص على أنه « إذا كان للقرض أجل فليس للمقترض استرداده قبل حلول الأجل . وإن لم يكن له أجل فلا يلتزم المقرض برده إلا إذا انقضت مدة يمكنه فيها أن ينتفع به الانتفاع المعهود في أمثاله » .

والمادة 689 من التقنين العراقي تنص علي ما يأتي :

1 - يجب على المستقرض رد مثل الأعيان المقترضة قدرًا ووصفًا في الزمان والمكان المتفق عليهما .

2 - فإذا لم يتفق علي الزمان كان للمقرض أن يسترده في أي وقت .

3 - وإذا لم يتفق علي المكان كان الرد واجبًا في مكان العقد .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 121 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام مالك على أنه : « إذا كان للقرض أجل مضروب ومعتاد وجب علي المقترض رده للمقرض إذا انقضي ذلك الأجل ولو لم ينتفع به ، وإذا لم يكن له أجل فلا يلزمه رده إلا بعد أن ينتفع به الانتفاع المعتاد في أمثاله » .

ونصت المادة 160 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه : « يثبت عوض القرض في الذمة حالا وإن شرط فيه أجل » . ( انظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص . وفيها أن للمقرض طلب بذل القرض في الحال ) وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 191 ) .

لعمل شيء معين ثم مات العامل قبل إتمام ما تعهد به فيبطل الالتزام . فإن كان التعهد لعمل عام لا يقصد به إلا العمل في حد ذاته انتقل هذا الحق للورثة .

فإن كان الالتزام كمعاش مدى الحياة أو ترتيب انتفاع من شيء معين كذلك مدى الحياة كالوقف أو العمرى أو العارية مدة الحياة مثلًا انتقل الالتزام للورثة متى كان في التركة ما يفي بهذا الالتزام .

وأما الاشتراط أو القبول في عقد من العقود إلى أحد الورثة فذلك جائز مادام قبل الوفاة . فإن اشترط أن يدفع بعد موته ثمن مبيعه إلى أصغر أولاده وهو يأخذ مدة حياته الفائدة والمعاش سنويًّا فذلك ممنوع باطل (1) .

1 - لأن ثمن المبيع أُجِّلَ لأجل مجهول فيفسد البيع .

2 - اختص أحد الورثة بالثمن بعد الوفاة وهو وصية والوصية للوارث لا تجوز (2) .

3 - أخذه الفائدة والمعاش سنويًّا مدة الحياة ممنوع ، للجهل به أولًا ولأنه ربا ثانيًا .

وللمورث الهبة لهذا الوارث حال حياة المورث ، وليس له أن يوصي له ، لأن فيه زيادة ونقصًا في الفروض المقدرة في كتاب اللّه ، وهي من القانون العام ؛ فالوصية فيه لا تصح ، اللّهم إلا إذا رضيت الورثة بهذه الوصية فهي عطية منهم لهذا الوارث .

وأما من اشترى ومن وهب له ومن أوصى له بشيء معين كمنزل أو دابة معينة مثلًا فلا ينتقل التزام البائع للمشتري ولا للموهوب له ولا للموصى له بعين محدودة إلا إذا كان الالتزام خاصًّا بنفس العين المبيعة ، كما إذا التزم البائع على العين المبيعة حقوق ارتفاق مثلًا فتنتقل هذه الحقوق إلى المشتري كما التزمها البائع ، أو كانت نفس العين الموهوبة عليها هذه الحقوق فتلزم الموهوب له أو الموصى له بها فتنتقل الملكية لهؤلاء بما لها وما عليها .

وأما الدائنون فإن كان دينهم برهن أو حميل أو كفيل فالمدين يتصرف في ملكه

---

(1) قال الحطاب : « إنما يلزم الموكل إقرار وكيله فيما كان من معنى الخصومة التي وكله عليها على الأصح » . مواهب الجليل جـ 5 ص 189 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 302 .

(2) اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة ، والسلام : « لا وصية لوارث » . بداية المجتهد ( 334/2 )

ببيع أو بشرط أو بغيرهما من غير أن يمس الرهن أو ينقص الحميل أو الكفيل ، ومتى مات استوفى الدائن دينه من التركة إن وجد وإلا فمن الرهن ، ويختص به حتى يستوفي دينه أو يرجع على الحميل أو الكفيل متى اشترط أيهما يأخذ في دينه .

وإن كان دينهم بلا رهن أو كفيل أو حميل فإن جميع ملك المدين ضامن دينه . بمعنى أن المدين متى مات قضي دينه من التركة قبل تقسيم التركة . ومتى تصرف أو اشترط في ماله حسب ما يرى فهو جائز إلا فيما ينقص قدرته على الدفع أو الوفاء بما التزم به فللدائنين منعه من هذا التصرف محافظة على حقوقهم . فإن كان له حق أو التزام على آخرين ولم يطالب به إضرارًا بدائنيه ، أو كان هذا الالتزام أو الحق يزيد في قدرته على الوفاء ، ولم يتقدم للمطالبة به ، جاز لغرمائه طلب هذه الحقوق والالتزامات باسم مدينهم (1) .

ولا داعي إلى قانون بولين ولا دعوى إبليك ؛ لأن هذا منصوص عليه منذ وجد التشريع الإسلامي فليس هذا من مخترعات ولا مبتكرات بولين ولا إبليك ، وسيأتي عند الكلام عليهما في محلهما ما يفي بالمقصود . ولو أن المشرعين الوضعيين أرجعوا ما أخذوا إلى أصل مأخذه لكانوا أمناء وأراحوا واستراحوا ، ولكن تلك عادتهم ولا حيلة لنا في ذلك إلا بيان ما فعلوا من تدليس وغش وسرقة من التشريع الإسلامي ثم ينسبونه إلى أنفسهم ، ولله في خلقه شئون .

## بند [ 93 ] نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث

**القانون الفرنسي** : والمراد بالشخص الثالث هو من عدا طرفي العقد ومن يتلقى عنهم الملك بعنوان عام ، والقاعدة العامة أن العقود لا يكون لها أثر على الغير لا نفعًا ولا ضرًا ، فتضمنت أصلين :

---

(1) قال ابن رشد عن تقسيم العمري والأقوال التي فيها :

1 - إنها هبة مبتوتة أي إنها هبة للرقبة .

2 - أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العَقِبُ عادت إذا انقطع العَقِبُ إلى المعمر أو إلى ورثته .

3 - إذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكًا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته . بداية المجتهد جـ 2 ص 331 .

**الأول** : الاتفاقات لا يمكن أن تتعدى الشخص الثالث بضرر ، ويستثنى من ذلك دائنو المفلس فإن اتفاق أغلبهم على وضع مدينهم على رأس تجارته نظير دفع جزء معين من دينه إلى جميع الدائنين يسري عليهم جميعًا ولو لم توقع عليه الأقلية .

**الثاني** : الاتفاقات لا يمكن أن ينتفع بها الشخص الثالث ، فلو مات شخص له دين على آخر فاعترف الآخر بحصة أحد الورثة دون الآخرين ، فلا يصح لهم اتخاذ هذا الإقرار حجة ليثبتوا به ما خصهم في الدين . ويستثنى من ذلك الضامن الذي ينتفع بكل امتياز عثر عليه المدين من دائنه ، ولو لم يكن طرفًا في العقد ؛ لأن الضمان تابع للعقد .

فإن كان الشرط يعطي معنيين اتبع المفسر المعنى الذي يفيد ثمرة في التعاقد دون المعنى العقيم ، والمعنى الذي يفهم من روح التعاقد . وإن كان الشرط غير واضح اتبع في تفسيره عرف الاستعمال في بلد التعاقد ، وفي حالة الشك يفسر لصالح الملزم في العقد لا الملتزم ، وتفسر الشروط كلها بما يناسب بعضها البعض ، ولا يشمل التعاقد أشياء لم يكن في نية الطرفين إدخالها التعاقد [1] .

## بند [ 94 ] نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث

**التشريع الإسلامي** : الطرفان في العقد من باشراه لأنفسهما أو لغيرهما بصفة قانونية ، ويعطى حكمهما من تلقى عنهما هذا الحق كما سبق . والشخص الثالث هو من عدا ذلك . ولا يتعدى أثر العقد طرفيه للشخص الثالث إلا إذا كان له في ذلك مصلحة وقبلها ، كمن اشتُرِط له في العقد شرط ، وكان كهبة أو قضاء دين وقبله فلا تتعدى الالتزامات من التزموها بضرر للغير [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 259 .

(2) تقدمت الإشارة في هامش سابق إلى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، واتجاه غالبية الفقهاء إلى انحصار تأثير العقد وأحكامه في العاقدين وحدهما ، لكن المالكية وابن تيمية أجازوا الاشتراط لمصلحة الغير ، كقاعدة عادة لا تنحصر في بعض العقود ، وهو ما يتفق مع ما أخذت به القوانين العربية المعاصرة كما تقدم . راجع المادة 152 مصري والمادة 156 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية و 154 عراقي و 212 أردني وراجع مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 192/5 وما بعدها ، ومرشد الحيران مادة 306 . ( وانظر البدائع جـ 5 ص 172 وفتح القدير ص 127 و 176 ومجمع الضمانات ص 81 وابن عابدين جـ 4 ص 163 ) . =

وأما مسالة دائني المفلس فإن الشرط في التفليس أن يطلب تفليسه بعض الغرماء أو الكل ولو أبى بعضهم تفليسه فإنه يفلس لحق الطالب ، ويشترط [1] في التفليس زيادة الدين الحال على ماله الذي بيده أو بقاء ما لا يفي بالمؤجل ، فإن كان الباقي بيده بعد سداد الحال لا يرجى بتحريكه وفاء المؤجل ، ولا يعامله الناس عليه ولم يأت بحميل ( كفيل ) أفلسه القاضي بالمعنى الأخص يعني باع أملاكه ، فإن كان يرجى بتحريك الباقي بيده من ماله وفاء المؤجل من ديونه ، أو دفع للغرماء جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس بالمعنى الخاص أي تباع أملاكه [2] .

ومعنى هذا أن الإفلاس متى طلبه أحد الدائنين وكان مال المدين لا يفي بالحالّ أو الباقي لا يفي بالمؤجل ، وكان لا يرجى من استمراره في تجارته الوفاء وكان لدودًا في دفع ما عليه أفلسه القاضي حتى ولو اجتمع الدائنون إلا واحدًا على طلب عدم الإفلاس لقول مالك : ( إذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه ، وقال بعضهم : ندعه ليسعى حبس لمن أراد حبسه ) . فالنظر في الإفلاس وعدمه بعد الترافع للقاضي من اختصاص القاضي ؛ لأنها مصلحة عامة [3] ، ويجوز كثيرًا

= ولكن في ضوء تطور ظروف المجتمع ، وما تقتضيه المصالح المشروعة في التعامل أصبح من الجائز أن يرتب العقد حقا لصالح الغير ، ما دام المتعاقدان يريدان ذلك وما دام الغير يقبل ذلك .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 49 ) .

(1) من أحاط الدين بماله يُفَلَّس بشروط ثلاثة :

الأول : أن يطلبه أرباب الديون بديونهم الحالة كلهم ، أو بعضهم .

الثاني : أن يكون الدين المطلوب تفليسه به قد حصل أصالة ، أو لانتهاء أجله إذا لا حجر بدين مؤجل .

الثالث : أن يكون الدين الحالّ زائدًا على مال المفلس إذا لا حجر بالدين المساوي ، أو بقى من ماله بعد وفاء الحال مالا يفي بالدين المؤجل .

الخرشي على مختصر خليل ( 265/5 ) .

(2) يقول الدردير : « الفلس : إحاطة الدين بمال المدين فيمنع من الهبة وما في معناها ، لا البيع والشراء والتصرف اللازم ما لم تقم عليه الغرماء ، والتفليس الأعم قيام ذي دين حل أجله أو كان حالًّا أصالة على مدين ليس له من المال ما يفي به أي بالدين بأن كان ما معه أقل من الدين ، وكذا إذا كان مساويًا له على ما يفيده النقل ، أما لو كان ما معه أكثر من الدين فليس لهم منعه » . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، وإرشاد السالك ص 95 .

(3) نظم الفقه الإسلامي أحكام الإفلاس والإعسار منذ فترة بعيدة ، سابقًا في ذلك النظم القانونية الحديثة . وقد هدف الفقهاء بوضوح من تنظيم أحكام الإعسار إلى حصر سلطة الدائن في مال المدين ، وحجب هذه =

كما هو حاصل أن يتفق التاجر مع غالب دائنيه أن يدفع لهما المائة مائة قاصدًا الإضرار بالبعض الآخر فلا يصح للقاضي أن يلحق الضرر بالغير إرضاء للغالب ، وهذه حقوق فردية ملكية لا دخل للأغلبية والأقلية فيها [1] .

فاتفاق غالب الدائنين لا يسري على الكل إلا بالشروط السابقة . وهذا قضاء القاضي لا اتفاق الدائنين متى تحققت له هذه الشروط .

ولا ينتفع الشخص الثالث باتفاق الطرفين إلا إذا كان مشروطًا له وقَبِل . وأما إقرار المدين بحصة وارث في دين عليه للمتوفى المورث فتنفع الوارث ، ويأخذ نصيبه من هذه الحصة ؛ لأنها تكون تركة .

إقرار المدين : إما أن يقول : للمتوفى عندي كذا في ذمتي وأنا أخص به فلانًا من الورثة فليس له حق التخصيص ، ويحمل على أنه تركة تقسم بين جميع الورثة بالميراث الشرعي .

أو يقول : للمتوفى كذا في ذمتي وقد أمرني أن أدفعه لأحد ورثته فلان بعد موته فهو من التركة أيضًا ؛ لأنه يعتبر وصية لوارث ، وهي لا تجوز فإن أجازها بقية الورثة كانت هبة منهم لهذا الوارث لا هبة من المتوفى ؛ لأنه بموته انتقل ملك

---

= السلطة عن جسده . بخلاف ما كان عليه الحال في النظم القانونية القديمة السابقة على التشريع الإسلامي . وقد راعى هذا التشريع جانب المدين ، فأجاز له المطالبة ببقاء أجل الديون المؤجلة ، وأباح له التصرف في ماله إن وافق الدائنون على تركه يسعى لهم ، وأباح له التصرف بالبيع بثمن المثل ، وترك أشياءه الخاصة ، لا تدخل في التفليسة . ولم يتجاهل هذا الفقه مع ذلك حق الدائنين ، فغلَّ يد الدائن من التصرف بالتبرع أو بالبيع بأقل من ثمن المثل . ولا مراء لهذا في أن هذا التشريع قد سبق النظم القانونية المعاصرة في مراعاة حقوق الدائنين وفي أخذ المدين بالشفقة والرحمة . راجع في ذلك : بداية المجتهد لابن رشد 236/2 وحاشية الدسوقي 261/3 وما بعدها ومصادر الحق للسنهوري 182/5 وراجع المادة 959 من مجلة الأحكام العدلية ، وراجع المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والأردني في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في شرح المادة 375 .

(1) في المدونة باب المفلس يريد بعض غرمائه حبسه وتفليسه ويأبى بعضهم : قلت : أرأيت إن قال بعضهم : نحن نسجنه ، وقال بعضهم : نحن لا نسجنه ، ولكنا نرسله بطلب الفضائل حتى يقضينا حقوقنا . قال : إذا تبين الإلداد للسلطان ، وطلب واحد من الغرماء أن يحبسه له سجنه ، فإن شاء أولئك الذي لم يريدوا أن يحبسوه أن يقوموا على حقوقهم فيحاصوا هذا الغريم الذي حبسه في مال المحبوس المطلوب فذلك لهم . المدونة الكبرى جـ 4 ص 118 ، 119 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 288 ، 289 .

تركته لورثته ، فلا تصرف له فيها بعد الوفاة بهبة وإنما له الوصية بشروطها [1] .

أو يقول أمرني المتوفى أن أدفع له ما عندي لولده فلان قبل وفاته ، ولكني لم أدفعها له وسأدفعها الآن بعد الوفاة فهي في التركة أيضًا ؛ لأن الهبة من شرطها القبول والقبض قبل وفاة الواهب [2] ، وإلا بطلت [3] فهي إذًا لجميع الورثة يتقاسمونها حسب النصيب الشرعي [4] .

وإذًا للورثة اتخاذ هذا الإقرار حجة لإثبات المديونية . وبالمثل يصح أن يضرب في مثل هذا إقرار الرجل بزوجيته لامرأة ذات ولد دون اعتراف بالبنوة ، فلا يؤخذ اعترافه بالزوجية حجة على البنوة ، وإنما على الولد المدعي أن يقيم الدليل أنه من

---

(1) قال ابن رشد عن الإقرار بالدين : « وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه » . بداية المجتهد جـ 2 ص 285 .

(2) وإن مات الواهب قبل إيصالها ( أي الهبة ) للموهوب له إن استصحبها الواهب في سفر ، أو أرسلها له ، فإنها تبطل ، وترجع ميراثًا . الشرح الصغير ( 340/3 ) .

وفي المدونة رأي يخالف الرأي السابق إذا ورد ما نصه :

قلت : - أرأيت إن وهبت لرجل هبة يرى أنها للثواب فمت قبل أن يقبض الموهوب له هبته ، قال فورثة الواهب مكانه يأخذون الثواب ، ويسلمون الهبة لأن هذا بيع من البيوع . المدونة الكبرى ( 322/4 ) .

(3) تقدمت الإشارة إلى ما أخذت به القوانين العربية في اشتراط قبض الهبة وتسليمها وتوثيقها . أما في الفقه الإسلامي فعند الحنفية أنه لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض ، أما قبل القبض فتصح الهبة ولكنها تكون هبة غير لازمة ( البدائع جـ 6 ص 122 ، الهداية علي هامش فتح القدير جـ 7 ص 113 - 117 ) .

وعند الشافعية والحنابلة : لا تلزم الهبة ولا ينتقل الملك إلا بالقبض وبذل الواهب الموهوب ( المهذب جـ 1 ص 447 ، المغني جـ 5 ص 591 - 593 ) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب علي التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب . وهذا مبني علي القول المشهور عندهم من أن الموهوب له يتملك الشيء الموهوب بمجرد العقد ( انظر المادة 530 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية ) . وبهذا الرأي أخذت القوانين المدنية العربية .

والسند الشرعي لما أخذت به القوانين المدنية العربية فيما يتعلق بالرسمية والتوثيق هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة ، طبقًا لما سبق بيانه .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 161 ) .

(4) قال ابن رشد : « قال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، ثم قال : فمالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة » . بداية المجتهد جـ 2 ص 329 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 342 ، 343 .

فراش صحيح في مدة هذه الزوجية . وأما الضامن فإنه وإن كان ليس طرفًا في تعاقد الدين ( إذ يجوز كون الضمان حصل بعد ثبوت الدين ) فإن مصير التزامه معلق بالدين وجودًا وعدمًا دفعًا وتأجيلًا ؛ لأنه تابع له لا وجود بدونه ، وإن كان الضمان في أصل عقد الملزومية فهو طرف في التعاقد ، وليس ثالثًا فهو مؤاخذ بما التزام به مباشرة ، وإن كان الضمان تابعًا للدين وجودًا وعدمًا أيضًا في هذه المسألة .

وأما إيضاح العقود عند الإبهام فإن كان هناك عرفٌ عُمِلَ به متى كان لا يأتي على شرط صريح لأحد الطرفين . فإن حصل خلاف في ذات أو صفة أو أجل إلخ فمرجعه لاختلاف المتعاقدين [1] ، وله باب خاص تقدم منه طرف في اختلاف المتعاقدين وسيذكر الباقي في اختلاف المتبايعين في باب البيع . وأما إدخال شيء في التعاقد أو عدم إدخاله فمرجعه أولًا إلى ما نص عليه في العقد فإن لم يوجد نص فمرجعه للعرف والعادة ، فإن لم يكن عرف ولا عادة فمرجعه ما نص عليه شرعًا وذلك :

**أولًا** : يدخل البناء والشجر في عقد بيع الأرض أو رهنها أو هبتها أو التصدق بها أو وقفها ، ويدخل أيضًا البذر الذي لم ينبت إلا لشرط أو عرف .

**ثانيًا** : تدخل الأرض في عقد بيع البناء والشجر إلا لشرط أو عرف .

**ثالثًا** : لا يتناول عقد الأرض مدفونًا بها من رخام وعمد وحلي ونقد بل هو لمالكه ، إن علم بالإثبات أو دلت القرائن عليه وحلف ، وإلا فلقطة أو ركاز . ولا يتناول العقد على الشجر ثمرته إن كانت مؤبَّرة أو كانت ثمرًا منعقدًا ، ولا الزرع الظاهر على الأرض إلا لشرط أو عرف .

**رابعًا** : يتناول العقد على البيت الثابت فيه كباب ورف وسلم مسمر ورحى مبنية .

فإن اتفق الطرفان على أن نيتهما عدم إدخال هذا الشيء في العقد فَبِها ، وإن اختلفا فمرجعه ما سبق .

---

(1) إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن كأن قال البائع : بعته لك بدينار ، وقال المشترى : بل بثوب ، أو في جنس مثمن ، أو اختلفا في نوع الثمن كدنانير ، ودراهم حلف كل منهما على إثبات دعواه ، ورد دعوى صاحبه . الشرح الصغير ( 100/3 ) .

## خلاصة ما تقدم من المقارنة في العقود العلنية
## ( من بند 80 إلى نهاية بند 93 )

### يتفق التشريعان فيما يأتي :

العقود العلنية ، الزواج ، الهبة ، حلول دائن محل آخر ، عدم نقص إرادة المتعاقدين ، الغلط ، الإكراه ، الغش ، الغبن في الثمن ، قاصر تحت الوصاية ، مخبول العقل أو المجنون ، الوعود والشروط لأجل الغير ، الشرط في العقد لمصلحة الغير ، إمكان استرجاع الشرط للغير ، نتائج العقود ، طرفا العقد ، نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث .

### ويختلف التشريعان فيما يأتي :

التبني ، عقد ترتيب أموال الزوجين ، تنازل الزوجة عن زوجها في الرهن القانوني ، قبول الميراث وظهور مديونية التركة ، الممنوع قضاء من التصرف ، المرأة المتزوجة لا تعقد بدون إذن زوجها ، قاصر رفعت عنه الوصاية ، مشترى الوصي أموال القاصر ، عقد الزوج مع زوجته .

## بند [ 95 ] بطلان العقود أو إلغاؤها

**القانون الفرنسي :**

**( أ ) إلغاء العقود :**

يوجد ثلاثة أنواع للإلغاء :

( 1 ) عدم وجود العقد . ( 2 ) إلغاء عام .

( 3 ) إلغاء خاص . فعدم وجود العقد يتحقق عند عدم تحقق شرط تكوين العقد كإرادة المتعاقدين ، أو مادة التعاقد أو العلنية أو السبب .

والإلغاء العام يتحقق عند مخالفته القانون العام أو الآداب العامة كوجود سبب غير قانوني . والإلغاء الخاص يتحقق عند وجود نقص في الإرادة أو عدم أهلية التعاقد يعني شرط الصحة ، والفرق بين عدم وجود العقد والإلغاء العام والإلغاء الخاص :

**أولًا** : العقد غير الموجود أو الملغى إلغاءً عامًّا لم يوجد إلا ظاهرًا ، ولا يترتب عليه أي أثر ، وليس بلازم رفع الأمر للقضاء للفصل فيه بل يكفي عند الضرورة رفع الأمر لتحقيق عدم وجوده . والعقد القابل للإلغاء بالعكس تترتب عليه آثاره ونتائجه مثل العقد الصحيح . ولإلغائه يتعين رفع دعوى الإلغاء والحصول على حكم بإلغائه وهو حكم إيجادي .

**ثانيًا** : العقد القابل للإلغاء لا يطلب إلغاءه إلا الطرف الواقع عليه الضرر فقط كالمكره أو المغشوش بخلاف العقد غير الموجود فللطرفين معًا أو لأحدهما إثبات حقه في عدم الوجود .

**ثالثًا** : العقد غير الموجود أو الملغى إلغاءً عامًّا لا يسقط فيه الحق بمضي المدة ، ولا يمكن إصلاحه ، بخلاف العقد القابل للإلغاء فينقلب صحيحًا بالتصحيح أو بمضي المدة . ومع ذلك يتفق الإلغاء الخاص والإلغاء العام أو عدم الوجود فيما يترتب عليهما بعد الحكم بإلغاء التعاقد إلغاءً خاصًّا ؛ حيث إن هذا الحكم يرجع للماضي ، وكأن العقد لم يوجد ، ويمحو أثره في المستقبل .

**( ب ) دعوى إلغاء العقد :**

وهي الدعوى التي ترفع لمحو عقد لحقه نقص خاص سواء لنقص في الإرادة أو لنقص في أهلية التعاقد .

والذي يملك رفع دعوى الإلغاء الخاص هو من تحمل النقص في إرادته أو فقد أهلية

التعاقد أو دائنوهم بسند عرفي أو من تلقى عنهم الملك بعنوان عام مع ملاحظة ما يأتي :

( 1 ) للزوج رفع دعوى إلغاء العقد الصادر من زوجته ؛ لأن سلطته كزوج لم تكن مراعاة .

( 2 ) كل شخص له منفعة له الحق في رفع دعوى الإلغاء لسبب الحجر القانوني لأنه من الحقوق العامة .

**( جـ ) نتائج حكم إلغاء العقد :**

حكم إلغاء العقد يرجع للماضي فيجعل العقد كأن لم يكن ، ويقطع ما ترتب على العقد في الحاضر والمستقبل ويبطل نتائجه الماضية . فإن كان العقد لم ينفذ رفع الحكم بالإلغاء من كل طرف لمنع حقه المترتب على التنفيذ وأصبح لا يصح تنفيذه من أي طرف منهما ، وإن كان العقد تنفذ أرجع كل طرف ما أخذه من الطرف الآخر .

ويلاحظ أن حكم إلغاء التعاقد متى كان لعدم الأهلية فليس عديم الأهلية ملزمًا برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره بشرط إقامة الدليل على ذلك . وإلا فإذا أنفقه في ملذاته أو فيما لا يعود عليه بنفع فليس للطرف الآخر الرجوع عليه ؛ لأنه سلطه على هلاك ماله فهو المفرط ، وكان عليه أن يعرف مع من يتعاقد .

ويلاحظ أيضًا أنه إذا كان الإلغاء لسبب مخالفة العقد للنظام العام أو الآداب ، فليس لمن نفذ العقد من جانبه أن يرجع بما أداه للآخر ، هذا رأي المتشرعين ويخالفهم العلماء بدعوى أن هذا مخالف لمواد 1131 و 1135 من القانون المدني .

وكل حق تعلق للغير على العقد الذي حكم بإلغائه أصبح لاغيًا أيضًا ، ولا يترتب عليه أثره ؛ فكل حق رتبه المشتري لعقار عليه للغير قبل إلغاء عقد البيع قد أُلغي وعاد العقار لصاحبه كيوم باعه . ويجب تسجيل حكم إلغاء العقد وإعلانه لما يترتب عليه من حقوق للغير ، ويجب التأشير على هامش التسجيل العقاري تحت ملاحظة محضر الدعاوى الذي اكتسب الحكم لموكله وإلا عوقب بغرامة ، ومع ذلك فحكم إلغاء التعاقد معارض للغير ولو لم يسجل [1] .

## بند [ 96 ] بطلان العقود أو إلغاؤها

**التشريع الإسلامي** : يكون العقد باطلًا ويكون فاسدًا ، ويمكن تسمية العقد

(1) انظر : البنود من 1108 إلى 11025 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 247 : 251 .

الباطل عقدًا ملغى إلغاء عامًا ، ويمكن تسمية الفاسد عقدًا مُلْغى إلغاءً خاصًا .

والعقد الباطل أو الغير موجود أو الملغى إلغاءً عامًا هو مالم يوجد فيه ركن من أركان العقد [1] التي بها يتكون ويوجد كعقد المجنون والصغير غير المميز ، وكعدم وجود ثمن أو مثمن مثلًا فهذه العقود وما شابهها مما فقد ركنًا من أركان وجوده تعتبر باطلة وغير موجودة . ويتحقق أيضًا في مخالفة الشرع والآداب العامة [2] .

والعقد الفاسد أو الملغى إلغاءً خاصًا هو ما لم يوجد به شرط صحة [3] أو كان به نقص في إرادة المتعاقدين [4] أو كان به نقص شرط لمصلحة أحد المتعاقدين إلخ ، فيشمل عقد النكاح والدخول بدون شهود وعقد السفيه والصغير المميز ومن اشترط شرطًا مقصودًا له لم يتحقق إلخ [5] .

والفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أن العقد الباطل لا وجود له ، فلا يترتب

(1) قاعدة : العقد الباطل عقدًا أو الملغى إلغاء عامًا هو ما لم يوجد فيه ركن من أركان العقد .

(2) قاعدة : العقد الفاسد أو الملغي إلغاء خاصًا هو ما لا يوجد به شرط صحة أو كان به نقص في إرادة المتعاقدين .

(3) تحدث فقهاء المالكية عن العقود الباطلة والفاسدة ، ونصوا على انتهاء حق استرداد المبيع في العقد الباطل بخروجه إلى يد الغير بتصرف صحيح . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ 3 ص 74 . وجاء في الشرح الصغير ( 2/3 ) لا يصح البيع من غير مميز لصغر أو جنون .

(4) العقد الذي أخل فيه بشرط من شرائط صحته ، يجب فسخه في الحال .
المدونة الكبرى ( 203/3 ) .

(5) تناولت المادة 179 من التقنين الكويتي بعض أحكام العقد القابل للإبطال ، ونصها : « العقد القابل للإبطال ينتج آثاره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضي بإبطاله اعتبر كأن لم يكن » ، وتقابل هذه المادة 110 ، 130 مصري . وتقابل فكرة العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي والقانون المدني المصري معيار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وهو معيار أرقى في الصناعة الفنية . وإنما يختلف العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن هذا الأخير ينشأ صحيحا منتجا لأثاره ، إلي أن يطلب إبطاله فيبطل أو تلحقه الإجازة فيظل صحيحا بصورة نهائية ، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلي أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الإجازة فينفذ .
ومن ثم فإن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال في أن العقد الذي يشوبه نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية علي المحل يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة ، فهذا أولي من أن ينفذ حتى يطلب إبطاله ، وذلك لملافاة التعقيدات التي تنشأ عن إبطال العقد بعد نفاذه .
ويختلف العقد الموقوف عن العقد الذي يثبت فيه خيار الفسخ . فالعقد الموقوف ينشأ صحيحًا ، ولكنه يكون غير نافذ . أما العقد الذي يثبت فيه للعاقد خيار الفسخ فينشأ صحيحًا نافذًا ، ولكنه يكون غير لازم ، فيكون للعاقد الخيار بين إمضاء العقد وفسخه .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 37 ، 38 ، ومصادر الحق للسنهوري 137/4 وما بعدها . وقد ذكر السنهوري 306/4 أن الأولى بالفقه الغربي أن يستعير من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف ، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفًا لا قابلا للإبطال ) .

عليه أي أثر [1] والواجب فيه التتارك ، وكل طرف يأخذ ما دفعه ، ويجوز لكل منهما التصرف فيما يخصه قبل العقد الباطل كما يشاء من غير حكم حاكم .
والعقد الصحيح فيه الضمان بمجرد التعاقد على المشترى إلا ما فيه حق توفية .
والعقد الباطل لا ضمان فيه إلا بقبض المبيع فهو على ذمة وملك البائع مثلاً ، والعقد الفاسد ما ترتب عليه أثره قبل الحكم بالفساد ، وإن كان يجب فيه رد المبيع لبائعه إن لم يفت ، ولا يجوز الانتفاع به ما دام قائمًا ، ويرد المبيع من غير حكم حاكم متى اتفق الطرفان إن كان مجمعًا على فساده فهو ملحق بالباطل . وإن كان مختلفًا في فساده فلا بد من فسخ الحاكم أو من يقوم مقامه إن لم يتفقا على الرد .

والعقد الباطل لكل شخص طلب تحقق بطلانه لأنه من باب إزالة المنكر ، إذا كان

---

(1) تناولت المادة 141 من القانون المدني المصري بعض أحكام العقد الباطل ، ونصها :
1 - إذا كان العقد باطلًا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة .
2 - وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت العقد .
وتطابقها في الحكم المادة 168 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :
1 - العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .
2 - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .
3 - ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمسة عشرة سنة من وقت العقد .
( انظر المادة 213 من مرشد الحيران ) .
وتقابل المواد من 184 إلى 186 من التقنين الكويتي فالمادة 184 من هذا التقنين تنص علي أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها » .
والمادة 185 من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة » .
والمادة 186 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :
1 - العقد الباطل لا يصحح بمرور الزمان .
2 - إلا أن دعوي البطلان تسقط بمرور خمس عشر سنة من تاريخ العقد .
وتطابق الفقرتين الأولي والثانية منها في الحكم المادة 141 من التقنين العراقي التي تنص علي أنه « إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » .
( انظر المادة 313 من مرشد الحيران ) .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 41 ) .

فيه ذلك ، أو محافظة على مال مجنون مثلًا . والعقد الفاسد لا يطلب الحكم بفساده إلا من لحقهم الضرر ، أو من يمثلهم كالوصي والولي والزوج .

والعقد الباطل يسقط فيه الحق بمفوت من المفوتات الآتية ، ويمكن عمله من جديد ويكون عقدًا مبتدأ من تاريخ عمله . وأما العقد القابل للإلغاء فينقلب صحيحًا بالتصحيح أو بإجازته أو بمفوت كذلك .

ولا يتفق الإلغاء العام يعني البطلان والإلغاء الخاص فيما يترتب عليهما بعد الحكم بالإلغاء لأن الحكم بالإلغاء في الباطل هو تقرير حقيقة ، فيرجع ليوم التعاقد فيمحي أثر العقد في الماضي والمستقبل . وأما الحكم في الإلغاء الخاص أو الفاسد فيرجع ليوم الحكم فقط؛ ولهذا يفوز المشتري بالغلة ( بالثمرة ) إلى يوم الحكم برد المبيع متى كان المبيع قائمًا .

فإن فات المبيع بيد المشتري فإن كان مختلفًا فيه بين العلماء صحةً وفسادًا مضى بالثمن الذي وقع به . وإن كان متفقًا على فساده عند كل العلماء حتى ولو في المذاهب الأخرى مضى بالقيمة يوم القبض ، بمثل المثلي إن علم قدره ووجد في البلد وإلا فقيمته يوم الحكم عليه به .

فالحكم لا يرجع للماضي إلا في العقد الباطل . وأما المختلف فيه فيرجع ليوم الحكم فقط . فإن اتفق المتعاقدان على فسخه دون انتظار حكم حاكم صح ؛ لأنهما عقداه فيملكان حله .

ودعوى إلغاء العقد لنقص خاص لحق أحد المتعاقدين في إرادته أو في أهليته يملكها الزوج بالنسبة لزوجته فيما زاد عن الثلث في تصرفها بهبة ، والوصي والولي بالنسبة لصغيره أو لمحجوره . ويجوز لكل من لحقه ضرر كدائن طلب إلغاء العقد إلغاءً خاصًا محافظة على حقوقه [1] .

---

(1) يقول ابن رشد في بداية المجتهد 282/2 « فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يحوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي » . لكن لو أخرج من يده شيئًا بعوض فإنه يكون موقوفًا على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن رآه رشدًا أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك . وإن عمل في ذلك ، حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة والرد » . الشرح الصغير جـ 3 ص 156 ، 157 .

## نتائج حكم إلغاء العقد :

حكم إلغاء العقد يتعلق بالعقد نفسه فإن كان باطلًا أو فاسدًا ، ولم يتنفذ أوقف تنفيذه وبرئ كل طرف مما التزم به ، وإن تنفذ فإن كان الثمن والمثمن باقيين على حالهما ، ولم يتغير منهما شيء ولم يفت واحد منهما بمفوت استرد كل واحد من الطرفين ما دفعه من الثمن والمثمن (1) .

ومتى تم إلغاء العقد انقطع ما يترتب عليه في المستقبل (2) ونتائجه الماضية فيها تفصيل كما سيأتي :

1 - إذا تصرف الصبي المميز والسفيه في مالهما بعقد معاوضة مالية بغير إذن وليهما وكانت المعاوضة على وجه السداد فإن لوليهما الإجازة والرد ولا فرق بين العقار وغيره ، وقد (3) اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

**أولها** : أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بشيء من الثمن لأن المشتري سلطه على إتلافه .

**الثاني** : يرد البيع إن رأى الولي المصلحة فيه ، ولا يبطل الثمن عن اليتيم أو السفيه ، ويؤخذ من ماله الذي صانه ( حفظه به ) بذلك الثمن فإن ذهب ذلك المال ، وتجدد غيره فلا يتبع بالثمن .

**الثالث** : أن البيع يمضي ولا يرد .

والمعتمد من هذه الأقوال الثلاثة القول الثاني .

2 - إذا تصرف الصبي المميز والسفيه في مالهما بعقد معاوضة بأقل من الثمن أو لغير مصلحة فإن البيع يرد قولًا واحدًا ، ولا يبطل الثمن عن اليتيم متى أدخله

(1) وأما القسم الثالث وهو ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته ، فإنها تنفسخ على كل حال ، ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين ، وترد السلعة إلى البائع إن كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة ، ويرد البائع الثمن على المشترى . المدونة الكبرى ( 203/3 ) .

(2) قاعدة : إذا تم إلغاء العقد انقطع ما يترتب عليه في المستقبل .

(3) شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف ، وهو الرشيد البالغ ، فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه لم يلزم ، وإن صح . وللولي رد تصرف مميز ، وهو شامل للسفيه . الخرشي على مختصر خليل ، وبهامشه حاشية العدوي ( 9/5 ) .

فيما لا بد له منه .

3 - فإن كان تصرفهما بلا معاوضة تعين على الولي رده [1] .

فالذي مشى عليه واضع القانون الفرنسي هو القول الثاني ، وهو أن عديم الأهلية لا يضمن ما أخذه من ثمن أو مثمن إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره [2] .

والقاعدة تفريعًا على القول الثاني أن الصبي والسفيه يضمنان ما أفسداه في مال الغير في ذمتهما فتؤخذ قيمة ما أفسداه من مالهما الحاضر إن كان وإلا اتبعا بها في ذمتهما إلى وجود مال . كل هذا الضمان إن لم يكن المال تلف في أيديهما أمانة . فإن كان المال المتلف أمانة في أيديهما فلا ضمان عليهما ؛ لأن من أمنه قد سلطه على إتلافه ؛ فإن كان الذي أمنه هو رب المال فقد ضاع هدرًا ( ومنه الثمن والمثمن الذي تعاقد عليه ) وإن كان غيره فعلى المؤمن الضمان لتفريطه .

فإن حفظ الصبي أو السفيه ماله بما اؤتمن عليه من مال الغير فيضمن الأقل مما صونه به ، وما أتلفه يغرمه من ماله الذي صونه إن كان له مال وقت الإتلاف وبقي لوقت الحكم وإلا فلا غرم عليه ، ولو استفاد مالًا بعد الإتلاف ؛ لأن الضمان لا يتعلق بذمة عديم الأهلية في هلاك ما اؤتمن عليه ، وإنما يتعلق بالمال

---

(1) تناولت المادة 111 مدني مصري حكم تصرف الصبي المميز ، ونصها :

1 - إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا .

2 - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

وقد أخذت المادة 96 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 118 أردني والمادة 97 عراقي بفكرة العقد الموقوف التي يقول بها الفقه الإسلامي بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال ، فتكون تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة علي إجازة وليه في الحدود التي يجوز فيها التصرف ابتداء أو إجازة المحكمة أو إجازته هو بعد بلوغه سن الرشد .

وهذه الفكرة مستمدة من الفقه الإسلامي على ما سبق بيانه قبل قليل ، وهو ما يظهر في المادة 967 من المجلة ، والمادتين 270 و 271 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 23 ) .

(2) قاعدة : عديم الأهلية لا يضمن ما أخذه من ثمن أو مثمن إلا إذا استفاد به في ماله واستعمله ليساره .

الذي صانه بما أنفقه [1] .

وإذا كان العقد مخالفًا للنظام العام كمن تعاقد مثلًا على استئجار امرأة للزنا فلا يجب الوفاء به ؛ لأنه فاسد . ومن دفع من جانبه فلا يلتزم الجانب الآخر بدفع المقابل . فإن دفع الرجل الأجر فلا يحل للمرأة أخذه ، وأرى أنه ليس له الرجوع بما دفع أدبًا له . وهذا أمر يذيع فعل الفاحشة والواجب الستر . فإن كان الثمن مؤجلًا فلا يجب الدفع ، ويحرم على القاضي الحكم لأن هذا أثر لعقد فاسد والعقد الفاسد لا أثر له في المستقبل .

وكل حق تعلق للغير على العقد الذي حكم بإلغائه أصبح لاغيًا [2] ، ولا يترتب عليه أثره متى ردت العين المبيعة لبائعها فإن فاتت فقد دخلت في ملك المشتري ، وعليه قيمتها إن كانت مقومة أو مثلها إن كانت مثلية كما سبق . فإذا باع سفيه أو صبي مميز عقارًا وقبضه المشتري ثم رتب عليه حق ارتفاق للغير ورد الوصي أو القيم البيع فقد بطل ما رتبه المشتري من حق ارتفاق للغير ؛ لأنه تبين أنه رتب حقًّا فيما لا يملك . وأما الرهن والإجارة للعين المبيعة فيفيتان البيع ، فإن رده الوصي أو الولي فله القيمة يوم القبض .

وأما تسجيل حكم إلغاء العقد فهذا من النظام لا من الأحكام الفقهية ؛ لأن فيه حفظ حق الغير فإن أمر به ولي الأمر وجب ، وإلا فيكفي حكم الحاكم ؛ لأن المفروض أن حكم الحاكم يصدر علنًا وفيه الكفاية في العلنية لأن حكم القاضي المفروض فيه العلنية .

### بند [ 97 ] أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء

**القانون الفرنسي** : الحق في دعوى إلغاء العقود يختفي لسببين :
الأول بتصحيح العقد القابل للإلغاء ، والثاني بمضي المدة .

**الأول** : تصحيح العقد القابل للإلغاء ، وهو ما يعمله الشخص لصحة العقد القابل للإلغاء بتنازله عن حقه في رفع دعوى الإلغاء الممنوح له قانونًا .

---

(1) قال ابن رشد : « يلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه ، واختلف فيما أفسد وكسر مما يؤتمن عليه » . بداية المجتهد جـ 2 ص 282 ، 204 ، 205 .

(2) قاعدة : يزول كل حق تعلق للغير في العقد الذي حكم بإلغائه .

وتصحيح العقد ليس معناه عمله مرة أخرى ؛ إذ إن عمل العقد مرة أخرى يقضي بوجود شروط العقد جميعها مبتدأة ثم يحصل التعاقد من جديد بين الطرفين ، وتصحيح العقد عمل من جانب واحد ، وهو تنازل صاحب الإلغاء عن حقه فيشترط فيه أهلية التعاقد وحرية الإرادة الكاملة .

وتصحيح العقد ليس معناه تغيير الالتزامات أو الأشخاص ، فإن تغيير الالتزامات معناه استبدال التزام بدل آخر بين المتعاقدين ، ولكن تصحيح العقد إبقاء كل شيء على حاله في العقد القابل للإلغاء ، فقط يتنازل صاحب الإلغاء عنه .

تصحيح العقد ليس معناه قبول ما تعاقد به الفضولي باسمه ، فإن زيدًا إذا تعاقد مع عمرو لصالح إبراهيم بدون وكالة أو تفويض عن إبراهيم وكان التعاقد يصح إلغاؤه فليس معنى تصحيحه أن يقبل إبراهيم ما تعاقد عليه زيد ، وإنما التصحيح أن يتنازل إبراهيم الذي تعاقد عن حقه زيد في الإلغاء شخصيًا .

## العقود التي يجوز تصحيحها :

كل عقد يكون قابلًا للإلغاء الخاص يمكن تصحيحه . وأما العقود المعتبرة غير موجودة أو الملغاة إلغاءً عامًا فيجب عملها من جديد واستكمال شروطها المطلوبة قانونًا كالهبة بإمضاء عرفي ، فيجب إعادة عملها أمام مسجل العقود .

ويستثنى من ذلك أن وارث الواهب له أن يفعل ما لم يفعله الواهب حال حياته ، وإن كان ذلك مخالفًا لقاعدتين :

( 1 ) ليس للوارث حق زائد عن حق مورثه ، وقد منعه القانون .

( 2 ) ليس لغير الطرف الذي وقع عليه الضرر أن يصحح العقد وقد أباح القانون للورثة ذلك .

## شروط صحة التصحيح للعقود القابلة للإلغاء :

لكي يكون التصحيح قانونيًا :

**أولًا** : يجب أن يكون النقص في العقود الذي جعلها قابلة للإلغاء قد اختفى بالتصحيح فيزول الغش ويختفي الإكراه .

**ثانيًا** : يجب أن يكون مصحح العقد حائزًا لأهلية التعاقد فيبلغ القاصر ، ويفك

الحجر عن المحجور عليه والمرأة المتزوجة تطلق أو يفرق بينهما جسمانيًا وهكذا .

**ثالثًا** : يجب أن يكون مصحح العقد عارفًا بالنقص الذي جعل العقد قابلًا للإلغاء ، وأن نيته تصحيح هذا العقد باختفاء هذا النقص .

وتصحيح العقد يكون صريحًا أو ضمنًا ، والصريح يكون بكتابة مسجلة أو تحت إمضاء عرفي . ويجب النص في التصحيح الكتابي على بقاء جوهر العقد القابل للإلغاء ، وذكر العيب الذي جعله قابلًا للإلغاء ، وذكر إرادته الصريحة في تصحيحه . والتصحيح الضمني يكون في كل عمل يفهم منه التنازل عن دعوى الإلغاء كالتصرف في المبيع أو تنفيذ العقد كلًا أو بعضًا إلخ .

**نتيجة التصحيح** : التصحيح يجعل العقد سليمًا وكأنه لم يكن قابلًا للإلغاء من وقت حصوله وكل ما يترتب عليه يكون صحيحًا مع الاحتفاظ لدائني المصحح بحقوقهم قِبله ، متى كان تصحيح العقد أضر بحقوقهم ، فلهم طلب إلغاء هذا التصحيح والتمسك بحقوقهم .

## سقوط حق الإلغاء بمضي المدة :

يسقط حق طلب إلغاء العقد لعيب خاص فيه بمضي عشر سنوات ، ويطبق عليه كل أحوال سقوط الحق بمضي المدة من انقطاع وتعليق ، ولا يطبق حق السقوط إلا على كل دعوى متعلقة بإلغاء عقد إلغاء خاصًا ويخرج من ذلك :

( 1 ) دعوى تحقيق عدم وجود عقد .

( 2 ) دعوى إبطال عقد أو فسخه .

( 3 ) دعوى استرداد هبة لعدم تنفيذ شرط الواهب ، أو لإساءة الموهوب له للواهب .

( 4 ) دعوى بولين التي يرفعها الدائن ضد مدينه لإبطال العقود الصادرة منه إضرارًا بدائنيه ، هذه الدعاوى لا يطبق عليها سقوط الحق بمضي عشر سنين بل ثلاثين سنة . وكذلك يخرج من هذا السقوط لعشر سنين الأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد ( الوصية والتنازل أو قبول الميراث ) فسقوطها ثلاثون سنة .

وتبدأ المدة للعشر سنين من اليوم الذي يمكن فيه تصحيح العقد صراحة ( أعني

من يوم انقطاع الإكراه ، وظهور الغش ، وانحلال الزواج ، ورفع الحجر ، وبلوغ القاصر ) .

ونتيجة سقوط حق دعوى الإلغاء للعقد أنها لا تقبل ويعتبر هذا تصحيحًا للعقد ضمنًا .

وتسقط دعوى إلغاء العقد بمضي عشر سنين كما يسقط الدفع من المدعى عليه تبعًا لدعوى الإلغاء المذكورة إذا كان المدعى عليه هو صاحب حق الإلغاء ، أو تسقط دعوى الإلغاء فقط ولا يسقط الدفع بطلب الإلغاء بل هو مستمر ( كمن اشترى من قاصر منزلًا فسكت القاصر عشر سنين عن طلب الإلغاء كنص القانون فرفع المشتري على القاصر دعوى التسليم فدفع القاصر بأن العقد مُلْغى ، وليس ملزمًا بتنفيذه لأنه كان قاصرًا ) ، وجواز الدفع من المدعى عليه بطلب إلغاء العقد أدلته كثيرة وجرى العمل به [1] .

## بند [ 98 ] أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء

**التشريع الإسلامي** : دعوى إلغاء العقد تختفي :

**أولًا** : بتصحيح العقد القابل للإلغاء .

**ثانيًا** : بالفوات ويمضي المدة .

الأول : تصحيح العقد القابل للإلغاء : وهو إجازة العقد وإمضاؤه ممن يملك حق رفع دعوى الإلغاء ويجب أن يكون العقد المجاز هو نفس العقد الأول الذي كان يصح إلغاؤه ، فتبقى شروطه وأطرافه وموضوع التزاماته ، فإن تغير شيء من ذلك كان عقدًا جديدًا وليس تصحيحًا .

ومن تصحيح العقود إجازة عقد الفضولي . والذي له الحق في التصحيح والإجازة هو مالك الثمن أو المثمن الحقيقي الذي تعاقد عليه الفضولي ، وليس هو الفضولي . فإنه لم يَعْتَدِ عليه أحد في حقه في التصرف في ملكه ، وإنما هو الذي افتات على غيره . فإذا تعاقد زيد على بيع منزل لعمرو بدون وكالة منه ، وتم تعاقده مع إبراهيم

(1) انظر : البنود من 1304 إلى 1314 ، في الفصل السابع ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 924 : 926 .

فعلم عمرو ببيع منزله بغير علمه فله إجازة بيع زيد فيصح البيع [1] ، وله إلغاؤه فيبطل البيع فصاحب الحق في تصحيح العقد هو المالك المفتات عليه في ملكه [2] .

والعقود التي يجوز تصحيحها : هي كل عقد قابل للإلغاء الخاص لعدم أهلية أحد المتعاقدين أو لنقص حق لأحدهما فيما اتفقا عليه . وأما العقود الباطلة لفقد ركنها أو شرط وجودها أو شرط الانتفاع بالثمن والمثمن أو القدرة على تسليمها مثلًا من كل شرط لو فقد لفقد معنى التعاقد فلا يدخلها التصحيح إلا بتحقيق ما كان سببًا في فسادها [3] أو في هدم كيانها وتحقيقها .

ويدخل في العقود التي يجوز تصحيحها بيع الصغير المميز أو عقوده العوضية وعقود السفيه وتصرفات الفضولي في أملاك غيره ، وبيع المكره جبرًا حرامًا وهبة الزوجة أزيد من ثلث مالها لغير زوجها ( مذهب مالك ) ، وعقود المفلس الذي قامت

---

(1) يقول الدردير : « وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته؛ وصار الفضولي كالوكيل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 .

(2) تناولت المادة 466 من القانون المدني المصري حكم بيع ملك الغير ، ونصها :

1 - إذا باع شخص شيئًا معينًا وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

2 - وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

والحكم الوارد في هذه المادة هو القبول للبطلان ، أما القوانين العربية فقد أخذت بفكرة العقد الموقوف بدلا من القابلية للإبطال . وقد تقدم أن فكرة وقف العقد أجمع لتحقيق المصالح وأيسر في ضمان حقوق المالك من القابلية للبطلان ، وقد أخذ بوقف تصرف الفضولي على إذن المالك وإجازته كل من القانون المدني العراقي والأردني ؛ فالمادة 5/135 من التقنين العراقي تنص على أن « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفًا على إجازته المالك » . والمادة 550 من التقنين الأردني تنص على ما يأتي :

1 - إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع .

2 - ولا يسري البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري . وتقابل المادة 509 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « إذا باع شخص مالًا للغير فإن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا آلت إلى البائع أو أقر المالك البيع » ويتفق هذا مع وجهة الفقه الإسلامي .

انظر : في ذلك المواد 111 و 112 و 368 و 377 من المجلة . والمادتين 355 و 396 من مرشد الحيران ، والمادتين 149 ، 150 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومذكرتها الإيضاحية . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153 ) .

(3) قاعدة : العقود التي تفقد ركنها أو شرط وجودها لا يدخلها التصحيح إلا بتحقيق ما كان سببًا في فسادها .

عليه الغرماء لا الذي أفلس بالفعل وكل عقد جاز لأحد الطرفين فسخه بعيب [1] إلخ .

وأما الهبة فلا يشترط تسجيلها أمام مسجل العقود ، ويكفي الإشهاد عليها استحسانًا .

وإذا أوصى المالك بأزيد من ثلث أملاكه أو أوصى لوارث جاز للورثة إجازة ذلك لأن هذا أصبح ملكًا لهم بوفاة المورث ، ومتى أجازوه كان ابتداء عطية منهم [2] .

ويشترط في تصحيح العقود أن ينصب التصحيح والإجازة على العيب الذي به كان العقد قابلًا للإلغاء . فإن كان العقد به أكثر من عيب وأجاز واحدًا فقط ، وبقي العيب الآخر لم يسقط حق الإلغاء به كمن أجبر على البيع جبرًا حرامًا فباع ، ولما قبض الثمن وجد به عيبًا يبيح له الرد فإن أجاز البيع المجبر عليه بما له حق تصحيحه بإجازته بقي له الحق الآخر في الفسخ لما وجد في الثمن من عيب يجيز له الرد [3] .

---

(1) المواد القانونية التي تناولت صور العقد الموقوف عديدة ، من بينها المادة 134 من التقنين العراقي التي تقول : « إذا انعقد العقد موقوفًا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد ... كما أن له أن يجيزه .. » وما جاء في الفقرة الأولى من المادة 135 من هذا التقنين التي تقول : « من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفًا على إجازه المالك » . وتقابله المادة 171 من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفًا دائرًا بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك » . والمادة 179 من التقنين الكويتي التي تقول : « العقد القابل للإبطال ينتج أثاره ، ما لم يقض بإبطاله ، وإذا قضى بإبطاله اعتبر كأن لم يكن » .

(2) لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث ، وذلك لما ثبت عن رسول الله ﷺ . أنه عاد سعد بن أبي وقاص ، فقال له : يا رسول الله قد بلغ مني الوجع و أنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله ﷺ : « لا » ، فقال سعد : فالشطر ؟ قال : « لا » ،ثم قال رسول الله ﷺ : « الثلث ، والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عاله يتكففون الناس » . بداية المجتهد ( 335/2 ) . واتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام . « لا وصية لوارث » . بداية المجتهد ( 334/2 ) .

و إن أجيز ما أوصى به للوارث أو الزائد على الثلث أي أجازه الورثة فعطية منهم أي ابتداء عطية لا تنفيذ لوصية الموصي . الشرح الصغير ( 183/4 ) .

(3) قال الدردير : « إن هدم الحائز أو بنى وكذا إن غرس أو قطع الشجر فلا تسمع دعوى المدعي ولا بينته ، وهذا في الفعل الكثير عرفًا ، فهدم شيء يسير أو بناؤه مما لا بد منه عادة كفرن أو غرس أو قطع شجرة ونحوها لا يعتبر » . الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

ويشترط أن يكون مجيز العقد ومصححه يملك الصفة التي كانت سببًا في جواز الإلغاء يعني يزول إكراهه ، ويبلغ الصبي ويفك الحجر إلخ ، وبالضرورة لا يقال إن العقد صحيح إلا إذا كان مصححه يعلم لماذا أجاز أو صحح وكان العيب كذا .

وتصحيح العقد أو إجازته يكون صريحًا بأجزت أو ضِمْنًّا بكل ما يفهم منه إجازة التعاقد . ولا يشترط الإشهاد على التصحيح ؛ لأنه يكفي فيه الشهادة بالتصحيح لا الإشهاد رسميًا (1) .

---

(1) تناولت المادة 139 من القانون المدني المصري أثر إجازة العقد الموقوف ، ونصها :

1 - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .

2 - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

والإجازة هي النزول عن الحق في إبطال العقد الموقوف . فهي تصرف قانوني من جانب واحد . ومن ثم يصح أن تكون صريحة أو ضمنية . ويجب أن تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني .

ويشترط الفقه الإسلامي لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف ، وهي العاقدان والمحل والمجيز ، وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة . ذلك أن الإجازة في الفقه لها حكم الاستناد والإنشاء ، ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف ؛ لأنه الوقت الذي تستند إليه الإجارة ، كما يجب توافره وقت صدور الإجازة ؛ لأنه الوقت الذي وجدت فيه .

ولكن الشارع العراقي قدر أن الأولى أن يجعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء ، فقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل .

ولهذا اكتفي باشتراط قيام عناصر التصرف ووقت صدوره دون وقت صدور الإجازة ، حيث اشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدور العقد الموقوف . فقد نصت المادة 1/136 من التقنين العراقي علي أن « إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلي الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد . ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة » وقد أراد الشارع العراقي بهذا أن يتجاوز الحدود التي وقف عندها الفقه الإسلامي فيما يتعلق بشروط الإجازة دون مبرر . ( انظر في هذه المسألة : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 4 ص 198 ، 209 و 220 و 308 و 316 ) .

أما الشارع الأردني فقد جعل للإجازة حكم الاستناد والإنشاء على غرار الفقه الإسلامي ؛ فنصت المادة 174 من التقنين الأردني علي أنه « يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله إن كان عينًا وقت الإجازة » .

وقد رؤي ترك الأمر فيما يتعلق بشروط الإجازة للقواعد العامة .

وفي مذهب الإمام مالك أنه إذا حصل التصرف في ملك الغير بدون إذنه ، وسكت المالك عامًا من وقت علمه بالتصرف ، اعتبر سكوته إجازة . ( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 4 ص 307 ) . =

وينتج عن التصحيح أو إجازة العقد صحة أثره ، وما ترتب عليه من وجوب أداء التزامات كل طرف بشرط ألا يضر التصحيح والإجازة بحقوق الدائنين . فإن أضر بحقوقهم كان لهم الحق في الاعتراض على الإجازة ، ومنعُها ، بل ودعوى الإلغاء باسم المتعاقد محافظة على حقوقهم .

## سقوط حق الإلغاء بمضي المدة ، وما يترتب على الفوت :

إن التعامل بين الناس يجب أن يكون على أساس صحيح بمعنى أنه يجب أن يفهم كل واحد أن القانون يحميه ويحفظ حقوقه ضد الآخرين ، وأن كل تصرف من العقلاء يلزم أن يكون محترمًا له قيمته في حدود المعقول . فإذا نظرنا إلى من تعاقد وثبت له حق إلغاء العقد ، لضرر أصابه أو لغبن لحقه ، وجب أن ننظر إلى من تعاقد معه وكان ضحية هذا التعاقد بلا جريرة ارتكبها فنقدر ما أنفقه وما تعب فيه من وقت العقد إلى وقت التحاكم فننظر إلى ذلك المشرع نظرة تقدير بحيث لم يتعرض لحق إلغاء العقد الثابت لصاحبه ، فإن وجدت العين المبيعة قد لحقها تغيير يزيد في قيمتها عن يوم البيع الفاسد أو ينقص قيمتها كذلك أو تصرف فيها المتعاقد بما أخرجها عن ملكه إلخ فيقال حينئذ إن العين موضوع النزاع قد فاتت فينتقل القضاء في فسخ العقد ورد نفس العين المبيعة إلى الحكم بالقيمة يوم البيع في المقوم أو بالمثل في المثليات ، وبهذا أمكن الجمع قضاء وعقلًا بين حق إلغاء العقد وبين تصرف من الطرف الآخر : تصرفه وهو يملكه ، فيجب احترام تصرفه والنظر في

= وقد تناولت المادة 129 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية آثار الإجازة في العقد الموقوف ، كما تناولت ذلك المواد 173 و 174 و 175 من القانون المدني الأردني ، ونص المادة 173 من هذا التقنين تنص علي ما يأتي :

1 - تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة .

2 - ويعتبر السكوت إجازة إن دل علي الرضا عرفًا .

والمادة 174 من هذا التقنين تقدم ذكرها .

والمادة 175 من هذا التقنين تنص علي ما يأتي :

1 - إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستندًا إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

2 - وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف .

ويقابلها في التقنين الكويتي المواد من 179 إلى 182 . وهي تأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 39 ، 40 ) .

القيمة أو المثل وهو حق البائع [1] .

أما سقوط الحق في نفس إلغاء العقد فموضوع آخر لأن نفس دعوى الإلغاء لا [2] تسقط بالفوت ، وإنما ما يسقط بالفوت هو رد نفس العين ذاتها .

ومفوتات البيع الفاسد أو الباطل ( فاسدًا متفقًا على فساده أو مختلفًا فيه ) يختلف باختلاف العين المبيعة وذلك :

**أولًا** : الخروج عن اليد بعقد صحيح كبيع وهبة وصدقة ووقف ورهن وإجارة . وهذه التصرفات في جميع أنواع المعقود عليه من عقار ومنقول مقوم أو مثلي [3] .

**ثانيًا** : تغير السوق في المقوم فقط إلا العقار ، وما اتصل به من بناء أو شجر ، وكذا نقل المقوم متى كان بمشقة فإنهما يفيتانه على البائع ، وأما المثلي والعقار فلا يفيتهما تغير السوق فيرد نفس العقار ، وما اتصل به والمثلي إلى صاحبه وإن تغير سوقهما [4] .

**ثالثًا** : يفوت القيمي والمثلي بتغير الذات كعور وعرج وصبغ وطحن وخبز [5] إلخ ولو بسمَنٍ وهزال [6] .

---

(1) تناولت المادة 142 من القانون المدني المصري ما يترتب على العقد الباطل أو القابل للبطلان عند إبطاله ، وأوجبت إعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة على إنشاء العقد ، بحيث تعود الحقوق إلى أصحابها كما كانت إلا إذا كان هذا مستحيلا فيحكم القاضي بتعويض عادل . وهو ما يقابل المادة 138 عراقي والمادتان 187 ، 188 كويتي والمادة 133 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية . ويتفق هذا الحكم بإيجاب التعويض العادل عندما يكون رد الأمر إلى ما كان عليه مستحيلا مع مقررات الفقه الإسلامي بوجه العموم ، وإن وجب الأخذ في الاعتبار بأن الفقهاء يحكمون بوجوب رد المثل في المثليات عندما لا يكون رد العين ممكنا ، لهلاكها أو التصرف فيها ، ووجوب رد القيمة في القيميات ، طبقًا لما هو مشهور في الفقه الإسلامي .

(2) قاعدة : دعوى إلغاء العقد الفاسد والباطل لا تسقط بالفوت وما يسقط بالفوت هو رد نفس العين ذاتها .

(3) الشرح الصغير ( 41/3 ، 42 ) .

(4) الفوات يكون بتغير سوق غير المثلي ، أما المثلي فلا يفوت بتغير سوقه ... أما العقار وهو الأرض ، وما أفضل بها من بناء ، وشجر فلا تفوت بتغير سوقه كالمثلي ، وبرد بعينه . الشرح الصغير ( 41/40/3 ) .

(5) يقول ابن رشد : « أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان فيبيع عليه الرهن » . بداية المجتهد جـ 2 ص 275 ، إرشاد السالك ص 93 .

(6) الهزال : هو نقيض السمن لسان العرب هزل جـ 6 ص 4663 .

**رابعًا** : تفوت الأرض بحفر بئر أو عين وبغرس شجر فيها وبناء عظيمي المؤنة [1] ، وتفصيل ذلك أن إحاطة البناء والغرس بالأرض كالسور مفيت لها ما داما عظيمي المؤنة ، و إن عم الأرض كلها أو جلها كنصفها فإنهما يفيتان [2] الأرض بتمامها عظمت المؤنة أم لا . فان عمت الربع فلا يفيت شيئًا منها ، وإن لم يفت فللبائع الغرس والبناء بعد دفع القيمة للمشتري .

وأما زرع الأرض فلا يفيتها بل يرد المبيع ، فإن كان الفسخ والرد في إبّان الزراعة فعلى المشتري كراء المثل ولا يقلع زرعه . وإن كان بعد فوات الإبان فلا كراء عليه ، وفاز بالزرع ؛ لأنه غلة والإبان هو بدو صلاح الزرع كالإفراك في الحب مثلًا .

**خامسًا** : يحصل الفوت بطول مدة في الحيوان كشهر مثلًا ، وقيل : شهران ، وقيل ثلاثة [3] ، وفي العقار يفوت بطول المدة كعشرين سنة ، ولا يفوت عرض بطول إن لم يتغير بذات أو سوق على الأصح . فإن فات المبيع بيد المشتري بأحد هذه المفوتات مضى المختلف فيه بالثمن الذي وقع به البيع ( فلا فائدة عملية من طلب إلغاء البيع ) ، ومضى المتفق على فساده عند جميع الناس بالقيمة يوم القبض ( لا يوم البيع ) في القيمي ، وبالمثل في المثلي إن علم قدره ووجد في البلد وإن لم يعلم قدره أو لم يوجد في البلد فقيمته يوم الحكم عليه بها .

وقال ابن رشد [4] واللخمي [5] : إن اللازم في الفوات القيمة مطلقًا في المثلي

---

(1) ويحصل الفوات بحفر بئر ، أو بحفر عين بالأرض التي بيعت بيعا فاسدا ، وبغرس شجر فيها وبناء . الشرح الصغير ( 42/3 ) .

(2) في الأصل : [ يفتيان ] .

(3) الشرح الصغير ( 41/3 ) .

(4) ابن رشد الحفيد ، هو العلامة ، أبو الوليد محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكية ، أبي الوليد محمد ابن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي . كان مولده قبل موت جده بشهر سنة عشرين وخمسمائة . عرض « الموطأ » على أبيه . قال شيخ الشيوخ ابن حمويه : لما دخلت البلاد سألت عن ابن رشد ، فقيل : إنه مهجور في بيته من جهة الخليفة يعقوب ، ومات محبوسًا بداره بمراكش .

ترجمته : الذهبي في « العبر » 287/4 ، الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 451/15 .

(5) اللخمي : هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني رئيس الفقهاء في وقته . تفقه بابن محرز والسيوري والتونسي وجماعة .

له تعليق على المدونة سماه التبصرة ، مشهور معتمد في المذهب ، توفى سنة 478 بصفاقس وقبره بها معروف . ( شجرة النور الزكية ص 117 رقم 326 ) .

والمقوم وهما من مجتهدي مذهب الإمام مالك رضي الله عن الجميع .

ولزوم القيمة يكون في بلد العقد لا في البلد المنقول إليها . ويشترط في انتقال ضمان مبيع البيع الفاسد للمشتري مطلقًا متفقًا على فساده أو مختلفًا فيه ( نُقِدَ الثمنُ أم لا كان المبيع في صحيحه يدخل في ضمان مشتريه بالعقد أو بالقبض كالمثلي ) أن يقبضه المشتري من بائعه .

ومتى وجبت القيمة في المقوم لفوته فليس للطرفين الاتفاق على رد المبيع بعينه مع حصول الأمر الذي فوته ، إلا إذا قُوِّم مرة أخرى عند الرد لمعرفة قيمته ثانيًا ، وإلا كان بيعًا فاسدًا لجهالة الثمن [1] .

## ويشترط في كون التصرف في المبيع مفيتًا :

**أولًا** : عدم قدرة الراهن و المؤجر على فك الرهن لكونه موسرًا وعلى فسخ الإجارة مياومة فإن كان قادرًا على ذلك وجب تخليص المبيع من الرهن والإجارة ورده لصاحبه .

**ثانيًا** : أن لا يقصد بالبيع والهبة والصدقة إلخ الإفاتة . فإن قصد المشتري بتصرفه إفاتةً على البائع عومل بنقيض قصده واستُرد للبائع بعينه . وقيل : إن تصرف فيه قبل قيامه عليه يريد فسخ البيع أو غيره فيفوت ، وإن تصرف فيه بعد قيام البائع عليه يريد فسخ البيع فلا يفوت بذلك .

## سقوط حق دعوى الإلغاء :

بعد البيان السابق عرفنا أن دعوى فسخ العقود الفاسدة لها اعتباران :

الاعتبار الأول في فسخ العقد ورد عين المبيع ، وفي هذا الاعتبار تكون الدعوى منصبة على طلب نفس الشيء المتعاقد عليه . ويشترط لهذه الدعوى عدم حصول مفوت للعين محل التعاقد في ذاتها أو في أوصافها بما يزيد في قيمتها أو ينقصها إلى آخر ما سبق . فإن حصل مفوت وجب احترام الحالة التي عليها حالةُ المبيع أو النظر إلى طمأنينة الناس فيما يتعاملون فيه وفيما تحت أيديهم ، والعودة إلى حل آخر يحفظ حقوق الطرفين ، وهو الاعتبار الثاني وهو القيمة أو المثل .

---

(1) يقول الشاطبي : « المقاصد معتبرة في التصرفات من العبارات والعادات ، والأدلة على ذلك لا تنحصر » . الموافقات جـ 2 ص 323 .

الاعتبار الثاني في طلب إلغاء العقد إلغاءً خاصًا هو استكمال نقص قد يُظَنُّ أنه أصاب صاحب الحق في الثمن ، أو لأن هذا التصرف ليس من المصلحة في شيء أو لأي اعتبار آخر . وبالنظر لهذه الجهة يجب على صاحب الحق في الإلغاء المسارعة إلى طلب حقه في ذلك . فإن توانى كان مقصرًا وتحمل نتيجة تقصيره ، وفي هذه الحالة وجب حفظ حق من تعامل معه في تصرفات يعتقد صحتها . فالعدل إذًا تقويمها تقويمًا عادلًا وقت قبض المشتري لهذه السلعة إن كانت مقومة أو معرفة مثلها إن كانت مثلية . وإلزام المشتري دفع القيمة أو المثل المذكورين للبائع . وبهذا خرج المشتري من خطر يهدده في كل وقت وجعله مطمئنًا إلى تصرفه وعمله فيما يعتقد أنه ملكه ، ولم يبخس حق واحد من الطرفين .

ومتى حُكِمَ بالقيمة أو بالمثل أو بالثمن كما سبق تفصيل ذلك تقاصَّ الطرفان . فإن كان ثمن البيع لفرس يوم البيع 20 جنيهًا ، وتم التعاقد على ذلك وتسلمها المشتري بعد عقد البيع بشهر ، وعند تقويمها في هذا الوقت تبين أنها تساوي 25 جنيهًا ، ومضى على البيع سنة مثلًا فقد فاتت ، وكان البائع له حق الفسخ لسبب خاص به من الأسباب المبيحة لذلك ، فيحكم القاضي بالقيمة يوم القبض وهي 25 جنيهًا . وقد أدى المشتري الثمن عشرين فوجب عليه خمسة أخرى يدفعها ، وإن كانت القيمة يوم القبض 15 جنيهًا التقى الدينان قصاصًا 15 في 15 ودفع البائع الباقي للمشتري وهو ( 5 ) جنيهات .

كل هذا يعلم منه أن طلب الإلغاء للعقد القابل للإلغاء بعد الفوات معناه أن تكون القيمة في الذمة أو قيمة مثل المثلي إن لم يوجد ، فتنتقل المسألة إلى الدين في الذمة وطلب الدين الثابت في الذمة فيه خلاف مبناه العرف . فقال بعض العلماء : لا يسقط إطلاقًا . وقال بعض العلماء : يسقط بعد عشرين سنة ، وقيل : بعد ثلاثين ، وقيل غير ذلك واتفقوا على عدم السقوط بنحو السنتين أو الثلاث .

والواجب في مثل هذه الأمور اجتهاد الحاكم بالنظر في حال الزمن وحال الدين فحال دين التجارة ليس كحال الدَّين العادي ؛ فمقتضى التجارة السرعة في المعاملة ، وسرعة الأخذ والعطاء فيكفي في إسقاط دينها خمس سنين ، و الدين العادي إن كان صاحبه مليًا فيظن أنه يمهل مدينه نحو 15 سنة مثلًا ، وإن كان الدائن شحيحًا معدمًا فلا يزيد عن عشر سنين وهكذا .

فيطبق هذا على ما يثبت في ذمة المدعى عليه من قيمة المبيع بعد الفوات ، ولا تسمع دعوى الإلغاء بمعنى طلب القيمة أو المثل متى مضى عليها مدة يقتضي العرف والعادة عدم الطلب بعدها [1] . ويشترط لذلك مضي المدة مع حضور ربها وتمكنه من الطلب بها وليس له ما يمنعه من ذلك .

ويطبق على كل أحوال سقوط الحق بمضي المدة من انقطاع أو تعليق ، وعلى كل دعوى طلب دين ثابت في الذمة .

وأما دعوى تحقيق عدم وجود عقد ودعوى إبطال عقد أو فسخه فمآلها بعد تغير المبيع إلى دين في الذمة . ومدة هذه الدعاوى غير مقيدة ، بل متى اطُّلع عليه حُكِم بالبطلان ، وردت العين متى كانت باقية أو قيمتها إذا لم تكن موجودة . ودعوى استرداد الهبة من الموهوب له لعدم تنفيذ الشرط لا تتقيد بمدة سابقة أو لاحقة بل بمخالفة الشرط . ودعوى الغرماء على من تعاقد مع مدينهم إضرارًا بهم تدخل في دعوى إبطال عقد أو فسخه . وتبتدئ المدة وتسري متى حضر صاحب الحق وتمكن من الطلب ، وليس به مانع من الدعوى .

ونتيجة سقوط الحق في طلب عين الشيء المبيع مع حصول مفوت أن تنتقل الدعوى إلى الحكم بالثمن في البيع المختلف فيه وإلى الحكم بالقيمة أو المثل في المتفق على فساده ، وتنتقل إلى السقوط بعد مضي مدة طلب الدين في الذمة .

وما ذكر من بيع القاصر للمنزل صحيح ؛ لأن المبيع لم يسلم للمشتري فلا ينظر إذًا لتغير المبيع ؛ لأنه بيد صاحبه فلم يتعلق به مصلحة للغير فيجوز للقاصر الدفع بعدم صحة البيع في هذه المدة ؛ لأن المميز له رد تصرف نفسه قبل رشده متى رَشَدَ ، حيث تركه وليه لعدم علمه بتصرفه أو سهوه أو للإعراض عن ذلك لغير مصلحة أو لم يكن له ولي حتى ولو كان تصرفه حال صباه صوابًا فله رده بعد رشده وإمضاؤه [2] .

---

(1) ساقطة من الأصل .

(2) تناولت المادة 111 ، 119 القانون المدني المصري حق الصبي المميز عند بلوغه سن الرشد في المطالبة بإبطال التصرف الذي قام به قبل بلوغه هذه السن ، سواء تم هذا التصرف بدون علم وليه أو لم يكن له ولي . ويوافق ذلك ما جاء في المادة 96 و 105 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادتين 118 ، 134 من القانون المدني الأردني . وهو ما يجد نظيره في المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية والمادتين 270 ، 271 من مرشد الحيران .

## ( نتيجة المقارنات من بند 94 إلى نهاية بند 97 )

**يتفق التشريعان في الآتي :**

بطلان العقود ، عدم الوجود ، إلغاء عام ، إلغاء خاص ، دعوى إلغاء العقد ، نتائج حكم إلغاء العقد ، حكم الإلغاء لعدم الأهلية ، أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء ، العقود التي يجوز تصحيحها ، شروط صحة تصحيح العقود القابلة للإلغاء ، نتيجة التصحيح .

**ويختلف التشريعان فيما يأتي :**

سقوط حق الإلغاء بمضي المدة ، أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء .

## بند [ 99 ] حَلُّ التعاقد

**القانون الفرنسي** : حَلُّ التعاقد يكون حينما يلغي العقد المطابق للقانون في جميع شروطه بعد انعقاده صحيحًا ، وذلك نتيجة لحادث تنبه إليه الطرفان قبل وقوعه سواء أكان صريحًا أم ضمنًا . وأسباب حَلّ التعاقد هي حدوث شرط ملغ نص عليه الطرفان في العقد أو نتيجة لشرط وفائي ضمني ، فالأول كبيع منزل بألف على أن للبائع رد الثمن وملحقاته واسترداد منزله في مدى سنتين فمتى دفع البائع الألف ، وملحقاتها للمشتري في الميعاد المحدد انحل العقد .

والثاني سيُتَكَلَّم عليه بالتفصيل الآتي :

### الشرط الوفائى الضمني :

وهو الشرط المنوي في العقد الملزم للطرفين من أنه إذا لم ينفذ أحد الطرفين ما التزم به فللطرف الآخر حق حَلّ العقد ، ويسمى الشرط الضمني الملغي للعقد ، كما يقابل بالشرط الصريح الملغي للعقد (1) .

وتعليل ذلك مقبول ؛ لأن العقد الملزم للطرفين جعل كلًّا منهما التزامه مقابلًا لالتزام الآخر ؛ فإذا اختلف التزام أحدهما فللطرف الآخر إما الامتناع عن تنفيذ

---

(1) قد يقابل هذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بخيار التأخير في التنفيذ أو خيار فوات الوصف المرغوب أو خيار اختلاف المقدار أو خيار فوات الشرط أو غير ذلك من الخيارات التي تعود إلى فوات أي من الشروط التي اتفق عليها طرفا العقد . انظر الجزء العشرين من موسوعة الكويت الفقهية لمعرفة انواع الخيارات في الفقه الإسلامي .

التزامه ، وإما حل العقد بموجب الشرط الوفائي الضمني .

وهل ينطبق الشرط الوفائي الضمني على العقد الملزم لطرف واحد كعقد القرض بحيث إذا لم ينص على أن المدين إذا لم يدفع الفوائد المحددة في مواعيدها حل الدين جميعه ، ولم يدفع المدين الدين في مواعيده فللدائن إلغاء العقد وطلب دينه كله تطبيقًا للشرط الوفائي الضمني ؟ خلاف ؛ فيرى البعض ذلك ولا نص عليه ، ويرى البعض عدم تطبيق هذه القاعدة على هذه العقود وهو موافق للمادة 1184 مدني .

## شرط جواز حل العقد :

يشترط القانون لجواز حَلّ العقد عدم تنفيذ أحد الطرفين ما التزم به ( كلية ) أي جميعه . فإذا نفذ بعض ما التزم به حصل خلاف ، قال المتشرعون : إن كان ما نفذه من التزامه جزءًا مهمًّا فليس للطرف الآخر حَلّ العقد بل لهذا الأخير تعويض عن الجزء المتأخر ، وإن كان ما نفذ لا قيمة له يعتبر كأن لم ينفذ شيئًا ، وللطرف الآخر حل العقد .

في حالة ضياع بعض الملتزم به أو تلف ما التزم به يجوز للطرف الآخر حَلّ العقد بدون نزاع ، و تطبق القواعد الآتية على حَلّ العقود :

**أولًا** : إن هذا الحل يكون بواسطة القضاء لحل العقد نفاذًا للشرط الجزائي الضمني يجب صدور حكم بالحَلّ ، بخلاف إلغاء العقد نفاذًا للشرط المُلغِي الصريح فإنه يحصل بدون حكم وحتى بدون علم الطرف الآخر .

وصاحب الحق في طلب حَلّ العقد هو الطرف الواقع عليه الضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر لما التزم به . وليس لهذا الأخير التمسك بعدم تنفيذه ما تعهد به فيطلب الإلغاء ، وفي الشرط الملغي الصريح لكل من الطرفين طلب الإلغاء .

ولصاحب الحق في حَلّ العقد إجبار خصمه على تنفيذ التزاماته إذا كان له فيها فائدة ، مع حفظ حقه في الفسخ عند عدم التنفيذ أيضًا .

ويجوز للمحكمة منح المدعى عليه في دعوى الفسخ أجلًا ليتمكن من الوفاء بتعهداته . فإذا لم يفعل في الأجل شيئًا وجب على المحكمة النطق بالحكم بالفسخ مع تقدير التعويض الذي أصاب طالب الفسخ والحكم له به . ويجوز للمحكوم عليه بالفسخ تنفيذ ما التزم به مادام الحكم لم يحز قوة الشيء المحكوم فيه ، أي لم يصبح نهائيًّا ، ومتى نفذ أصبح الحكم لاغيًا .

فإن حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه فالتنفيذ لا قيمة له ، والحكم واجب النفاذ .

**ثانيًا** : حَلّ العقد أو فسخه يرجع أثره للماضي ، فإن كان نفذ منه شيء أرجع كل واحد ما أخذه من الآخر ، كما إذا لم يكن هناك عقد بينهما ، ويفرض أن كلًّا منهما لم يكن مالكًا لعوض التزامه ، فكل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية . أما الحقوق الإدارية فقال بعضهم : إنها لا تلغى .

## الخطر الذي يصيب الشخص الثالث من فسخ العقد :

الشخص الثالث يتحمل خطرًا في تعاقده مع المشتري قبل حَلّ العقد لانه يلغي جميع الحقوق السابقة على إلغاء العقد ، و يتحمل خطرًا بعد فسخ العقد ؛ لأنه يتعاقد مع غير مالك ؛ لذلك وضع القانون وجوب تسجيل عقد البيع بما فيه من شرط ملغ الذي يجب على المتعامل مع المشتري معرفة ذلك . ووضع القانون وجوب ذكر حكم إلغاء العقد بهامش عقد البيع لإحاطة الجمهور علمًا ، فوجب كون عقد البيع علنًا ، وإلا لما عارض الغير ، ووجب تسجيل الحكم وإلا غرم محضر الدعاوى مع معارضته للغير .

ويستثنى من قاعدة رجوع حل العقد إلى الماضي مسألتان :

**الأولى** : باتفاق الطرفين بأنه إذا لم يقم أحد الطرفين بالتنفيذ فإن العقد يحل بلا احتياج إلى تقاض أو غيره . ففي هذه الحالة لا يحل العقد إلا بإنذار الطرف المقصر للتنفيذ ، وإلا ألغي العقد . ولو نص في العقد على أن عدم التنفيذ يجعل العقد ملغى من غير إنذار ولا تنبيه صح هذا ، وله كامل الحق في الفسخ بلا إنذار .

الثانية : بنص القانون في بيع الحبوب أو سندات مالية منقولة . فإنه متى فات موعد تسلم المباع منها ، ولم يحضر المشترى للتسلم فللبائع حق فسخ العقد بدون إنذار ولا تنبيه ، بل بقوة القانون .

ويستثنى أيضًا من قاعدة رجوع الحل إلى الماضي مسألة الإيجار فإن حل العقد يقطع عقد الإيجار في المستقبل لا في الماضي بمعنى أن الإيجار المدفوع عن مدة استحقت لا يجب رده .

وبهذا كله يختلف حَلّ العقد عن إلغائه بأن الإلغاء راجع لعيب في تكوين العقد وأن الحل راجع لسبب طارئ بعد حصول العقد مستوفيًا لشروطه ، وأن مدة حل

العقد تمكث ثلاثين سنة ومدة إلغائه عشر سنوات [1] .

## بند [ 100 ] حل التعاقد

**التشريع الإسلامي** : متى استوفى [2] العقد أركانه وشروطه وقع صحيحًا [3] ، ووجب على كل طرف الوفاء بما التزم به . ولا يصح جبر أحدهما على التنازل عن حقه متى كان العقد بتًا أي تم على اللزوم وعدم الخيار لأحد الطرفين . فإن اتفق البائع و المشتري مثلا على نقض ما تعاقدا عليه صح ذلك بشروط [4] :

**أولًا** : أن لا يكون تم تسليم الثمن والمثمن وحصل تغير يوجب الفوات لأنه

---

(1) انظر : البنود من 1183 و 1184 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 263 ، 264 .

(2) قاعدة : إذا استوفى العقد أركانه وشروطه كان صحيحًا ووجب على كل طرف الوفاء بما التزم به .

(3) تناولت المادة 167 من القانون المدني الأردني تعريف العقد الصحيح بأنه « هو العقد المشروع بأصله ووصفه ، بأن يكون صادرا من أهل مضافًا إلى محل قابل لحكمه ، وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له » . وتترتب آثار هذا العقد بمجرد انعقاده ، طبقًا لما جاء في أول سورة المائدة من قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ . وقد نصت المادة 153 من القانون المدني العراقي على ذلك ، ونصها :

1 - « العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا بأن يكون صادرًا من أهله مضافًا إلي محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل .

2 - وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفًا أفاد الحكم في الحال .

وقد نصت المادة 108 من المجلة على أن « البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتًا ووصفًا » . ونصت المادة 311 من مرشد الحيران على أن « العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتًا ووصفًا » .

والمراد بمشروعية ذاته ووصفه أن يكون ركنه صادرًا من أهله مضافًا إلي محل قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة سليمة من الخلل وألا يكون مقرونًا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 37 ) .

(4) إذا اتفق المتعاقدان على الرجوع عن العقد صح اتفاقهما ، وكان هذا منهما إقالة ، وهي جائزة لقوله ﷺ من أقال نادمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » وإنما جاز رجوعهما لأن العقد حقهما . وقد تناول القانون المدني الأردني أحكام الإقالة في المواد 242 ، 243 ، 244 كما تناولتها المواد 181 ، 182 ، 183 من القانون العراقي والمواد 164 ، 165 ، 666 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 51 ) .

يعتبر بيعًا جديدًا فيجب أن يكون بيعًا مبتدأً لا نقضًا لبيع سابق .

**ثانيًا** : أن لا يكون تعلق بالثمن أو المثمن حق الغير ، و إلا توقف نقض البيع على رضاء ذلك الغير ؛ فالإقالة جائزة إذا لم يتردد الثمن بين أن يكون ثمنًا [1] أو سلفًا . فإن تردد الثمن المدفوع بين كونه ثمنًا إذا مضى البيع وبين كونه سلفًا إذا رد المبيع منع كبيع ( الثنيا ) ، وهي أن يبيع منزلًا بألف على أن البائع إذا أحضر الألف بعد سنتين ودفعها للمشتري أخذ المنزل ، فهذه الألف تكون ثمنًا إذا مضت المدة ولم يحضر المبلغ فينفذ البيع ، ويصبح نهائيًا ، وتكون سلفًا إذا أحضرها ودفعها للبائع في موعدها ، وأخذ المبيع . وهذا لا يجوز على القول الصحيح ، وإن كان البعض يقول بجوازها ، كما مر في التعاقد بشرط ملغٍ [2] .

## الشرط الوقائي الضمني :

معلوم أن البائع قَبِل البيع ليأخذ الثمن ، والمشتري قبل المشتَرى ليأخذ المبيع ؛ فإذا تم البيع بتًّا وجب على كل واحد من المتعاقدين تَسليمُ ما تعهد به . فإذا لم يسلم أحدهما ما تعهد به جاز للطرف الآخر عدم الوفاء ، بل ومقاضاة الطرف الآخر لإلزامه قضاء وجبرًا بالوفاء .

فإن كان الثمن مؤجلًا كله وجب تسليم المبيع للمشتري ، وإن كان مؤجلًا بعضه جاز للبائع عدم الوفاء بما تعهد به حتى يدفع المشتري ما حل من الثمن [3] .

فإن تم التسليم ولم يدفع المشتري الثمن فقد دخل في ذمته وتعلق حق البائع بذمة المشتري لا بالشيء المبيع ، فيعمل بالشرط الوقائي الضمني قبل تسليم العين المبيعة ،

---

(1) قاعدة : الإقالة جائزة إذا لم يتردد الثمن بين أن يكون ثمنًا أو سلفًا .

(2) قال ابن رشد : « اختلف العلماء لتعارض الأحاديث في بيع وشرط ؛ فقال قوم ، البيع فاسد والشرط جائز ، وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وقال قوم : البيع جائز مع شرط وأما مع شرطين فلا . فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، لعموم نهيه عن الثنيا » . بداية المجتهد جـ 2 ص 160 ، والفروق للقرافي جـ 3 ص 277 ، والمقدمات الممهدات جـ 3 ص 204 ، 205 وقد اتجه الفقه الإسلامي لضرورات التعامل إلى قبول تعدد الشروط داخل العقد ، وهو مالا يخلو منه تعامل . وحملوا النهي الوارد في ذلك على الشروط غير الصحيحة .

(3) راجع تفصيل ذلك في بداية المجتهد جـ 2 ص 160 ، والمقدمات الممهدات جـ 3 ص 204 وما بعدها .

فإن أفلس أو مات قبل دفع الثمن فالبائع أحق بالسلعة المبيعة متى وجدت بعينها نظير ثمنها إلا أن يدفع الورثة الثمن أو الدائنون فلا حق للبائع في غير الثمن .

ويصح اشتراط أنه إذا لم تدفع الثمن في أقساطه و مواعيده حل الثمن جميعه ؛ لأنه شرط لا يتنافى مع العقد ، وفيه توثق البائع بما يخيف المشتري ، فيلزمه الوفاء بأقساط الدين في مواعيدها (1) .

وأما الشرط في القرض فيتنافى مع المعروف في إسداء منفعة للمقترض لكن لما كان الغالب في الخلق اليوم عدم الصدق واستعمال الغش والكذب ، ويخشى المقرض على ماله الضياع من عدم التوثق بشرط كهذا جاز اشتراط أنه يحل الوفاء بالقرض كاملًا إذا لم يدفع نجومه المقسطة خوفًا من تثبيط همة أهل الخير عند المماطلة في الوفاء . ولا يصح شرعًا أخذ فائدة على القرض (2) حتى ولو كانت

---

(1) تناولت ذلك المادة 430 من القانون المدني المصري ، وهو ما جاء في المادة 396 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 534 من القانون المدني العراقي ، ونصها :

1 – إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلي أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع .

2 – فإذا كان الثمن يدفع أقساطًا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءًا منه تعويضًا له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعًا للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه وفقًا لأحكام التعويضات الاتفاقية .

3 – وإذا سددت الأقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع إلي المشتري من وقت البيع ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك .

4 – وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى لو سمى المتعاقدان البيع إيجارًا .

وتقابل المادة 487 من التقنين الأردني التي تنص علي ما يأتي :

1 – يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا أن يشترط تعليق نقل الملكية إلي المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع .

2 – وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشترى مستندة إلي وقت البيع .

ويقابل ذلك ما جاء في المادة 464 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – إذا كان الثمن مؤجلًا أو مقسطًا جاز الاتفاق على ألا تنتقل الملكية إلي المشتري إلا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع .

2 – فإذا تم الوفاء بالثمن ، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلي وقت البيع ، ما لم يتفق علي غير ذلك .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 129 ) .

(2) قاعدة : لا يصح شرعًا أخذ فائدة على القرض حتى وإن كانت من قبيل الهدية .

هدية لم يعتد المقترض تقديمها ولا مناسبة لذلك [1] .

## شرط جواز حل العقد :

معنى انعقاد البيع التزام البائع بتسليم ما التزمه [2] ، فإن غيب بائع المبيع وادعي ضياعه ولا بينة ولم يصدقه المشترى ، أو عيبه أو استحق بعض المبيع الشائع وإن قل فللمشترى الخيار بين فسخ العقد أو إمساكه بالقيمة أو المثل . وإن أتلف المشترى مادة التزام البائع فقد قبضها ، وإتلاف الأجنبي أو البائع كتعييب المبيع يوجب الغرم . فإن تلف المبيع بيعًا صحيحًا وقت ضمان البائع بسماوي بطل عقد البيع ، فلا [3] يلزم البائع الإتيان بمثله .

فإن كان المبيع موصوفًا في الذمة كالسلم فيلزم البائع الإتيان بمثله ولا يبطل العقد [4] .

فإن تلف بعض المبيع المعين وقت ضمان البائع أو استحق بعض المبيع أو تعيب بعضه فينظر في الباقي بعد التلف أو الاستحقاق : فإن كان النصف فأكثر لزم الباقي بحصته من الثمن إن تعدد المبيع وكان قائمًا ، فإن اتحد المبيع أو فات خيِّر المشتري ، وإن كان الباقي أقل من النصف تعين الفسخ إلا في المثلي ( ما له مثل من مكيل أو موزون أو معدود ) فيخير فيهما مطلقًا .

وفي حالة ضياع بعض الملتزم به المعين المقوم أو تلف الملتزم به على هذا الوجه يجوز للطرف الآخر حل العقد أو إبقاؤه وأخذ القيمة أو المثل ، ولا يشترط صدور حكم ؛ لأن هذا ليس من البيوع المختلف فيها في الفساد . فإن تراضيا صح التتارك أو الفسخ ، وإن لم يتراضيا قضى القاضي بما هو منصوص عليه شرعًا في مثل هذه الأحوال [5] .

---

(1) يقول الدردير : « وحرم هديته أي هدية المقترض لمن أقرضه ؛ لأنه يؤدي إلى سلف بزيادة كرب القرض يحرم على كل منهما أن يهدي للآخر هدية » . الشرح الصغير جـ 3 ص 117 .

(2) قاعدة : معنى انعقاد البيع التزام البائع بتسليم ما التزم به .

(3) قاعدة : إذا تلف المبيع في البيع الصحيح وقت ضمان البائع بسماوي بطل العقد ولا يلزم البائع الإتيان بمثله .

(4) قاعدة : المبيع إذا كان موصوفًا في الذمة وتلف يلزم البائع الإتيان بمثله ولا يبطل العقد .

(5) تناولت المادة 433 مدني مصري والمادة 339 مشروع المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أثر تفرق الصفقه أو تبعيضها . وهو ما تناولته كذلك المواد 543 و 544 و 545 و 1/546 من التقنين العراقي .
فالمادة 543 من هذا التقنين تنص علي ما يلي : « إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المزروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصًا ، كان المشتري مخيرًا إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار =

ولصاحب الحق في حل العقد إجبار الممتنع من التنفيذ بطريق القضاء فإذا لم ينفذ أخذ القيمة أو المثل أو يسترد الثمن إن كان في أحدهما مصلحة له [1] .

= الموجود بحصته من الثمن وإذا ظهر المبيع زائدًا فالزيادة للبائع » .
والمادة 544 تنص علي ما يأتي :
1 - إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبعيضها ضرر ، أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها جملة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصًا ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد علي أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .
2 - وإذا وجد المبيع زائدًا ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطي البائع عوضًا في مقابل الزيادة .
والمادة 545 تنص علي ما يأتي : « إذا بيعت جملة من الموزونات أو المزروعات التي في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمي ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائدًا أو ناقصًا عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن » .
والمادة 1/546 تنص على ما يأتي : « في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة ، لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع » .
وتقابل المادة 492 من التقنين الأردني التي تنص علي ما يأتي :
« إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية :
1 - إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينًا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محددًا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع .
2 - إذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن محددًا علي أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه .
3 - إذا كان المبيع مما يضره التبعيض وكان الثمن المسمي لمجموعه فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيئ من الثمن .
4 - كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشتري لو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافهًا ولا يخل النقص في مقصود المشتري .
5 - إذا تسلم المشتري المبيع مع علمه بأنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة .
انظر في الفقه الإسلامي المواد 220 - 229 من المجلة والمواد 448 - 453 من مرشد الحيران .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 130 ، 131 ) .
(1) يقول ابن رشد : « أما المقدار الذي تجب فيه الجائحة : أما في الثمار فالثلث ، وأما في البقول فقيل في القليل والكثير ، وقيل في الثلث ... إلخ ، ثم قال : والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير ... » . بداية المجتهد جـ 2 ص 188 . بل نصوا على أنه لو اشترط البائع في العقد عدم تأثير الآفة في إنقاص الثمن لم يصح هذا الشرط ، وإنما توضع الجوائح بشروط ثلاثة راجعها في : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ 4 ص 175 .

وفي كل دعوى يلزم القاضي عرض الصلح والاتفاق على المتقاضيين ، فإن لم يصطلحا وطلب منه المدين مهلة للوفاء بالتزاماته وكان القاضي يرى [1] أن في ذلك مصلحة منحه مهلة للوفاء ، وإن كان مماطلًا وليس من وراء طلبه إلا الفرار وعدم الوفاء وجب عليه الحكم للمدعي .

ومتى كان الحكم نهائيًا ولم يُبح له أمرُ الحاكم طريقَ تظلُّم آخر كاستئناف مثلًا أو أباح ، ولكن المدعى عليه لم يستعمل حقه ، فوفاؤه لا قيمة له . وإن كان غير ذلك وكان الحكم غير نهائي فيجوز له الوفاء لآخر لحظة ، فيصبح الحكم لا قيمة له .

ويرجع أثر حَلّ العقد للماضي فيرد كلٌّ واحد ما أخذه من الآخر له ، وكأنه لم يكن بينهما عقد . وكل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ من الحقوق العينية ما دامت العين ردت لصاحبها بعينها [2] . وأما الحقوق الأخرى كالإجارة والزرع والغرس والبناء فقد تقدم حكمها [3] عند ذكر إلغاء العقود [4] .

## الحل الاتفاقي :

يجوز للطرفين المتعاقدين أن يشترطا حَلَّ العقد متى شاء أو شاء أحدهما أو شاء غيرهما مثلًا كشخص معين كمن باع منزلًا بخمسين إردبًا من القمح مثلًا أو بمئتى جنيه على أن يكون الخيار لهما أو للبائع أو للمشتري أو لزيد من الناس صح البيع ولزم الشرط [5] .

لكن المشرع الإسلامي نظر إلى أن التعامل يقتضي الثبات وأن تعليق الحقوق فيه ضرر

---

(1) في الأصل : [ يرى القاضي ] .

(2) قاعدة : كل حق ترتب من أحد الطرفين على ملك الآخر فهو لاغ ما دامت العين ردُتَّ لصاحبها .

(3) يقول ابن رشد : « وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات ، فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والخمسة أيام في اختيار الجارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار » . بداية المجتهد جـ 2 ص 209 .

(4) في الأصل : [ حكمه ] .

(5) يشير المؤلف إلى اشتراط أحد العاقدين عند إنشاء العقد أن يكون له الخيار في نقض العقد ورده ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار الشرط .

فأعطى الطرفين حق الفسخ أو الحَلّ ، لكنه قيد المدة حرصًا على المصلحة العامة في التعامل ، فجعل مدة الخيار الشرطي في العقار وما يتبعه ستة وثلاثين يومًا وجعله في العروض وسلع التجارة مثلًا كالثياب خمسة أيام ، وفي الدواب التي لا تركب خمسة أيام وفي التي تركب في البلد يومين ، وفي خارج البلد البريدين . فإن اشترطا الخيار أزيد من ذلك بطل الشرط وعاد للمحدد من يوم البيع . وأما الخيار الناتج من العيب في المبيع فهو ناتج عن الشرط الضمني في أن البائع ضامن سلامة المبيع من العيوب المنقصة ، أو التي لا يقدم عليها الناس ، فهو خيار جبري بموجب المصلحة العامة ، ويسمى خيار النقيصة .

وحكمهُ أنه إذا اطلع على العيب وسكت ثم طلب الرد فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره رد مطلقًا ، طال أم لا ، بلا يمين . وإن كان سكوته بلا عذر فإن رد بعد يوم ونحوه أجيب لذلك مع اليمين أنه لم يرد المبيع ، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أجيب لذلك من غير يمين ، وإن طلب بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين [1] .

ولا رد إن فات المبيع حسًا كهلاك أو ضياع ، أو حكمًا بأن تصرف فيه المشتري بغير عوض ، وتعين على البائع قيمة العيب . فإن تصرف بعوض ففي ذلك تفصيل طويل يرجع إليه في باب الخيار .

وفي مدة الخيار الاتفاقي الملك فيه للبائع ، ولا ينتقل فيه الضمان بالقبض كان [2] صحيحًا أو فاسدًا ، فلذا كانت الأجرة والغلة للبائع في بيع الخيار أو زمنه .

---

(1) تناولت المواد 177 – 183 من القانون المدني الأردني أحكام خيار الشرط طبقًا لما قرره الفقهاء المسلمون . وقد أوضحت هذه المواد جواز اتفاق العاقدين على أن يكون الخيار لهما أو لأيهما مدة يقررانها ، أو يقررها القاضي بحسب العرف إذا لم يحدداها في العقد ، ولا يخرج البدل عن ملك من اشترطه مدة الخيار ، ويحق لمن اشترط الخيار فسخ العقد أو إمضاؤه . ويلزم العقد إن أجازه في مدة الخيار شريطة إعلام الطرف الآخر . وقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يجوز اشتراط الخيار فيها ؛ فذهب أبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل إلى جواز الاتفاق على أية مدة ولو طالت ، وقدرها مالك بالحاجة ، نظرا لتفاوت المبيعات ، ففي اختيار الثوب يكفي اليوم واليومان وفي الدار قد تصل مدة الخيار إلى شهر . ورأي أبي حنيفة وزفر والشافعي أنه يجب ألا تزيد مدة الخيار عن ثلاثة أيام ، وذلك مراعاة لاستقرار التعامل .

راجع : بداية المجتهد 172/2 والمحلى لابن حزم 328/9 وما بعدها والمواد 330 ، 331 من مرشد الحيران و 300 ، 301 من المجلة العدلية .

(2) قاعدة : لا ينتقل الضمان بالقبض كان صحيحًا أو فاسدًا والملك فيه للبائع في الخيار الاتفاقي .

فإذا كان البيع بتًّا وكان فاسدًا انتقل فيه الضمان بالقبض فيفوز فيه المشتري بالغلة .

وحق الشخص الثالث محفوظ ؛ لأن المشرع جعل حق فسخ العقد سواء أكان [1] بالشرط أم بالنقص مشروطًا بشروط :

**الأول** : أن لا يفعل من له الحق في الخيار ( حَلّ البيع ) أي شيء يدل على الرضاء بالمبيع من قول أو فعل في خيار العيب ، وقد جعل المبيع ملكا للبائع في خيار الشرط ولو قبضه المشتري ، فلو تصرف المشتري بالقول أو الفعل بما يدل على الرضا مع علمه بسبب الخيار فليس له حَلّ البيع إطلاقًا ، وتصرفه في المبيع بشرط الخيار تصرف في ملك الغير .

**الثاني** : أن لا يفوت المبيع في يد المشتري في خيار النقيصة . فإن فات فله قيمة العيب . ومن المفوتات تعلق حق الغير بالعين المبيعة [2] .

وأما اشتراط أحد الطرفين بأنه إذا لم يقم أحدهما بالتنفيذ فإن العقد يحل فهو شرط صحيح ويقتضيه العقد ؛ لأن عقد الالتزام يلزم كل طرف بأداء ما التزم به [3] ، فإذا كان البيع بتًّا وقبض أحدهما ماله ولم يؤد ما عليه ، فإن كان ما عليه مؤجلًا انتظر الآخر الأجل وإن كان حالًّا فللطرف الآخر الامتناع عن التنفيذ .

وفي حالة الخيار الاتفاقي يلزم المختار التمسك ، وفي حالة الرد عليه الإشهاد أنه رد إذا لم يقم بطلب الرد أمام القاضي . فإن أشهد على الرد لأنه لم يتمكن من التقاضي سُمِعَت دعواه وبينته ، وقضي له متى كان محقًّا ، فيقوم الإشهاد مقام الإنذار .

فإن اشترط في البيع البت على أن تسليم المبيع يكون يوم كذا وإلا فالبيع لاغ

---

(1) قاعدة : حق فسخ العقد سواء أكان بالشرط أم بالنقض مشروط بشروط وضعها الشرع .

(2) قال ابن رشد : « اختلف العلماء في جواز هذا البيع إلخ ، وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن الرد بالعيب حق من حقوق المشتري قِبَل البائع » .

ويقول الدردير : النقصية قسمان ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب في المبيع .

بداية المجتهد جـ 2 ص 184 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 58 .

(3) قاعدة : عقد الالتزام يلزم كل طرف بأداء ما التزم به .

فإن كان قد دفع الثمن فالشرط لاغ ، ومَلَكَ المشتري المبيع من وقت العقد فهو على ذمته ؛ فإن كان مقومًا فضمانه من المشتري أيضًا ، وإن كان يحتاج إلى توفية من كيل أو وزن أو عد فضمانه من البائع . وإن كان مملوكًا للمشتري من وقت العقد إذ لو أجزنا الشرط لكان الثمن المدفوع ثمنًا إذا تسلم المبيع في الوقت المحدد ، أو سلفًا إذا لم يحضر للاستلام ؛ لأنه لا يستحق البائع منه شيئًا خصوصًا لو نص في العقد على أن العربون المدفوع من الثمن لا يرد ؛ لأنه يكون بلا مقابل وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

فإذا لم يكن الثمن مدفوعًا فالشرط صحيح ويعمل به ؛ لأنه لا يتنافى مع العقد ولكن فيه مصلحة للبائع فإذا لم يتسلم المشتري في اليوم المعين فالبائع في حل من التزامه بشرط أن يشهد على ذلك .

ولهذا كانت القاعدة أن المبيع على الوصف وهو غائب بتًّا لا يجوز النقد فيه إن كان يتغير في المدة بين البيع والتسليم ، وإن كان لا يتغير كالعقار مثلًا صح البيع فيه على الوصف وجاز فيه دفع الثمن [1] ؛ لأن في الأول يتردد الثمن بين السلفية إن لم يبق المبيع على وصف البائع وبين الثمنية إن بقي على الصفة ، وأما في الثاني فهي ثمن ؛ لأنه لا يتغير .

وأما البيع على الخيار في الغائب على الصفة فجائز مطلقًا إن لم ينقد .

ولو نص في العقد على أن عدم التنفيذ يجعل العقد ملغيًا من غير إنذار ولا تنبيه فالشرط صحيح ؛ لأن هذا الشرط لا يتنافى مع العقد بل العقد يقتضيه ، ولكن يشترط عدم دفع الثمن لإمكان تردده بين الثمنية والسلفية وبشرط أن لا يبعد عن مدة الخيار ؛ لأن هذا في الواقع خيار لأحد الطرفين فيجب أن يكون في حدود شروط الخيار وإلا فسد .

وعدم تسلم المبيع [2] لا يقتضي فساد العقد لا في الحبوب ولا في غيرها فالعقد صحيح ولا يبطله عدم التسليم . ومسألة الإيجار لا تخرج عن حق

---

(1) قاعدة : المبيع على الوصف وهو غائب بتًّا لا يجوز النقد فيه إن كان يتغير في المدة بين البيع والتسليم ، وإن كان لا يتغير كالعقار مثلًا صح البيع فيه على الوصف وجاز دفع الثمن .

(2) في الأصل : [ المباع ] .

الثالث ، وقد سبق أن حقه محترم ، وهو من المفوتات لرد السلعة حتى في البيع الفاسد .

## بند [ 101 ] أسباب أخرى لتلاشى العقود

**القانون الفرنسي :**

**إبطال العقد** : هو العمل الذي يتفق الطرفان فيه على إلغاء العقد الصادر بينهما . ويتفرع على هذا :

**أولًا** : أن طرفًا واحدًا لا يمكنه إبطال العقد منفردًا ، ويستثنى من ذلك الشركة التي أنشئت لأجل غير محدود ، وعقد الوديعة ، وعقد التوكيل فيمكن لطرف واحد إبطال العقد منفردًا .

**ثانيًا** : كل عقد يمكن إبطاله باتفاق الطرفين ما دام أنه كان في إمكانهما عقده ، ويستثنى من ذلك عقد الزواج ، وعقد تنظيم مالية الزوجين أو المهر ، وعقد التبني .

ونتيجة إبطال العقد لا ترجع إلى الماضي بل يعمل بها في المستقبل من وقت الإبطال ؛ فكل حق ترتب على العين المبيعة [1] للغير قبل إبطال العقد يلتزم به البائع .

ومتى كان العقد محدودًا بأجل ينحل العقد نفسه بمرور الأجل ، وذلك في الإيجار والشركات والقرض .

وموت أحد المتعاقدين لا يؤثر في العقد إلا إذا كان الشخص نفسه ملحوظًا في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل [2] .

## بند [ 102 ] أسباب أخرى لتلاشي العقود

**التشريع الإسلامي :**

إبطال العقد : هو إلغاؤه باتفاق الطرفين هنا ، وفي شرح رقم 100 ورقم 99 أن

---

(1) في الأصل [ المباعة ] .

(2) انظر : البنود من 1168 إلى 1184 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 260 : 264 .

إبطال العقد إلغاؤه من أحد الطرفين بسبب اتفاقي أو شرعي أو منهما بشرط في العقد صريحًا أو ضمنًا ، وأما هنا فهي الإقالة من الالتزامات المتعاقد عليها ولا يمكن إلا أن يكون باتفاق الطرفين فلا يبطله أحدهما بهذا المعنى منفردًا وقد سبق ذكر شرط جواز ذلك [1] .

وكل عقد بمعاوضة يلزم اتفاق الطرفين على إبطاله ، وليس لأحدهما إبطاله منفردًا [2] فيخرج عقد الوديعة ، وعقد التوكيل فللموكل والمودع إبطاله من جانبه [3] .

والقاعدة العامة أن كل عقد يعقد بين طرفين يمكنهما حله إطلاقًا [4] . وأما عقد الزواج فهو عقد مدخول فيه على شرط أن تكون العصمة بيد الزوج فإن اشترطت الزوجة أن تكون العصمة بيدها كان لها الحق في إبطاله والطلاق من زوجها [5] . وإن اشترطا أن تكون العصمة بيد شخص ثالث صح ، وكان لهذا الثالث حل عقدة الزواج ، فالزواج عقد على منفعة معينة ككل العقود يصح فيه نقل الشرط في حل العصمة لغير الزوج . وأما عقد التبني فليس موجودًا في التشريع الإسلامي [6] محافظة على كيان الأسرة الشرعية وعدم السماح بإدخال أجنبي فيها كما لا يسمح بخيانة الزوج ولا الزوجة محافظة على الأنساب فمن بابٍ أولى منع التبني .

**ونتيجة إبطال العقد أحد أمرين :**

**أولًا** : إن كانت الإقالة قبل فوات المبيع أو قبل تعلق حق الغير به فيرد الثمن

---

(1) سبق بيان المواد القانونية التي تناولت موضوع الإقالة ، وشروط جوازها وهل هي فسخ أو اتفاق على إنشاء عقد جديد .

(2) قاعدة : كل عقد بمعاوضة يلزم اتفاق الطرفين على إبطاله ، وليس لأحدهما الانفراد بإبطاله .

(3) للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء . بداية المجتهد ( 302/2 ) .

(4) قاعدة : كل عقد يعقد بين طرفين يمكنهما حله اتفاقًا .

(5) إذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته على سبيل التوكيل فله أن يعزلها قبل إيقاعه . الخرشي على مختصر خليل ( 69/4 ) و في المعونة جاء قوله : .إذا ملك الرجل امرأته طلاقها جاز ، لأنه قد وكلها بذلك ، والتوكيل في الطلاق جائز ص 878 .

(6) لقوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ .

والمثمن كل لصاحبه .

**ثانيًا** : إن فات المبيع فليس لهما الرد بالثمن الأول ؛ لأنه ابتداء بيع من جديد ويجب فيه عدم الجهالة ، وإن تعلق حق الغير به توقف إبطال العقد على رضاء ذلك الغير .

موت أحد المتعاقدين أو خروجه عن الأهلية الشرعية لا يبطل العقود بل تورث [1] عن العاقد المتوفى فيقوم ورثته مكانه في الإلزام والالتزام إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظًا شخصيًا في التعاقد بحسب ذاته كشركة العمال وإيجار العمل لشخص معين في عمل يجيده أو بحسب صفاته كالمستعير في حق المنفعة والمعمر والوكيل والموقوف عليه طالب العلم أو المدرس أو الإمام والخطيب مثلًا فإن هؤلاء الأشخاص كان التعاقد معهم لصفات أرادها الطرف الآخر [2] .

---

(1) قاعدة : خروج أحد المتعاقدين عن الأهلية الشرعية لا يبطل العقود بل تورث .

(2) يجب التفريق بين موت أحد العاقدين أو خروجه عن الأهلية قبل ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يفيد انعقاد العقد أو بعد حدوث هذا الارتباط . ومن البدهي الذي قد لا يحتاج إلى النص أن موت أحد المتعاقدين أو خروجه عن الأهلية قبل حدوث الارتباط بين الإيجاب والقبول يمنع انعقاد العقد . وهذا ما نصت عليه المادة 79 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 94 مصري و 82 عراقي و 96 أردني و 46 كويتي . أما إذا حدث الموت أو الخروج عن الأهلية بعد الانعقاد وتمام الارتباط بين الإيجاب والقبول فإن آثار العقد جميعها تترتب عليه في حق العاقد إذا خرج عن أهليته وفي حق خلفه العام ، وهذا هو ما بينته المواد 145 مدني مصري ، 144 مشروع المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 142 عراقي والمادة 206 أردني والمادة 201 كويتي . وقد جاء في المادة 144 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أنه « ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » ويتفق ذلك مع قواعد الشريعة الإسلامية ومع ما أوجبه القانون المدني المصري في المادة 875 التي تنص علي أن :

1 - تعيين الورثة وتحديد أنصباتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

2 - وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية .

وقد نصت المادة 1/306 من مرشد الحيران علي أنه : « إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلزم بها غيرهما » ( انظر البدائع جـ 5 ص 358 ) . ( انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 66 وما بعدها ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 45 ) .

فإذا مات العامل أو المستأجر للعمل ذاتًا أو المستعير [1] للمنفعة أو المعمر أو الوكيل [2] أو الموقوف عليه فقد بطل الالتزام ؛ لأن الغرض من العقد فقد بوفاة الشخص المراد فيه .

## الكتاب الثاني

### بند [ 103 ] مأخذ الالتزامات غير الاتفاقية

**القانون الفرنسي** : الالتزامات غير الاتفاقية تأتي من :

**أولًا** : ما يشبه التعاقد .

**ثانيًا** : العمل المترتب عليه تعويض وما يشبه العمل المترتب عليه تعويض .

**ثالثًا** : القانون .

---

(1) تقدمت الإشارة إلى القاعدة العامة التي توجب انصراف أثر العقد إلى الخلف العام عند وفاة المتعاقد إلا إذا تبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من القانون عدم انصراف أثر العقد إلى هذا الخلف . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي فيما يبدو مما أشار إليه المؤلف بعقدي العمل والعارية أو الوكالة . ذلك أن العارية في الفقه الإسلامي تنتهي بموت المعير أو المستعير . فقد نصت المادة 807 من المجلة علي أنه « تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير » . وتطابقها المادة 401 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام أبي حنيفة ( ابن عابدين جـ 4 ص 775 ) . ونصت المادة 778 من مرشد الحيران علي أنه « تنفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير، ولا تنتقل العارية لورثة المستعير ، فإن مات المستعير مجهِّلًا للعين المستعارة ولم توجد في تركته ، تكون دينًا واجبًا أداؤه من التركة » .

وقد أخذ القانون المدني المصري بقريب من ذلك ، حيث جاءت مادته رقم 645 بالنص على أنه « تنتهي العارية بموت المستعير مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره » . ويتفق هذا مع ما جاء في المادة 644 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 660 كويتي والمادة 863 عراقي والمادة 776 من القانون الأردني .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 239 ) .

(2) تناولت المادة 714 من القانون المدني المصري أسباب انتهاء الوكالة مما يتعلق بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المحدد لها أو بموت الموكل أو الوكيل . ويتفق ذلك مع جاء في المادة 709 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 946 عراقي والمادة 862 أردني والمادة 716 كويتي ، كما يتفق مع قواعد الفقه الإسلامي ، فيما يظهر مما نصت عليه المادتان 1526 ، 1527 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة 948 وما بعدها من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 275 ) .

## الالتزامات الناتجة من القانون هي :

1 - الالتزامات المختلفة الناتجة عن نظام العائلة ، كواجب النفقة والتعليم والتربية للأولاد بالنسبة للوالدين والواجبات المتقابلة بين الزوجين الناتجة عن الزواج .

2 - الالتزامات الناتجة عن الجوار كالحدود والحواجز الجبرية .... إلخ .

3 - التزام الوصي والمشرف القيام بوظيفتهما متى عهد إليهما بها .

4 - التزام الشريك بالقسمة في الملك غير القابل للقسمة .

## العمل المترتب عليه تعويض :

الأعمال المترتب عليها تعويض هي أعمال قانونية واختيارية تلزم شخصًا لشخص آخر وأحيانًا تلزم الشخص الآخر للأول من غير وجود عقد بينهما وهي على نوعين .

( 1 ) إدارة الإعمال .　　　　( 2 ) أداء ما ليس بواجب .

ويلحق بهما قبول الميراث الملزم له أداء الوصايا ، وحالة عدم إمكان القسمة الملزمة للورثة بالتعويض المتقابل ، والثراء بلا سبب وباستغلال الآخرين . والتشريع الحديث ينتقد هذا النوع من الالتزامات حيث يقول العلامة بلانيول : إنه تعاقد بغير إرادة ؛ لأن مدير العمل يتعاقد هو شخصيًا باسم رئيسه بدون علمه ولا إرادته ، فيلزمه القانون بهذا العقد فلا اختيار للرئيس في التعاقد ، فهذا التعاقد غير قانوني ؛ لأنه مبني على الثراء بلا سبب ، وهو ليس موجودًا في القانون الألماني ولا في القانون السويسري . ونتيجة ذلك أنه يجب أن يكون سبب الالتزام هو القانون ، فهي التزامات قانونية [1] .

### بند [ 104 ] مآخذ الالتزامات غير الاتفاقية

**التشريع الإسلامي** : سبق في أول الالتزامات أن علماء التشريع المدني يقررون أن التزام الناس بعضها نحو بعض غير موجود أصالة ، وإنما ينشأ من التعاقد اختياريًّا . وقد ينشأ من القانون محافظة على كيان المجتمع ؛ فالمفروض أن المدين

---

(1) انظر : بند 203 وبند 349 وبند 397 ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 ، 80 ، 90 .

بريء حتى يثبت الدين في ذمته [1] ولذلك لا يكلَّف الدليل على عدم مديونيته أو على براءة الذمة ؛ لأنها هي الأصل ؛ فمن ادعى غير الأصل - وهي المديونية - فهو المكلف بالإثبات [2] فمديونية أي شخص نحو مماثله أو التزاماته إما أن تنشأ عن التزامه مختارًا أو يوجبها المشرع ؛ فلا يعرف التشريع الإسلامي هذه التسمية وهذا الاصطلاح ، وإنما يعرف ذلك تحت عنوان أحكام شرعية .

فإذا نظرنا إلى الالتزامات الناتجة عن نظام العائلة نجد أن واجب النفقة نتج عن التزام الزوج عند قبول الزواج بقبول ما ينتج عن الزواج ، ومنه كفالة الزوجة في جميع لوازمها من مأكل وملبس ومبيت ، وأن واجب التعليم و التربية للأولاد نتج عن أن الأولاد ثمرة عقد الزواج وسببهم الزوج فهو ملزم من ناحيتين بتعهده وسببيته . ومن ناحية أخرى اجتماعية محافظة على الجنس البشرى في أرقى طبقاته وأحسن سلالاته من تربية وتعليم ، وإن الواجبات المتقابلة بين الزوجين نتجت عن تعهدهما والتزامهما كل منهما نحو الآخر فيما فرض عليه [3] .

وإذا نظرنا إلى تحديد الملكية ووضع الحواجز الجبرية نجد أن هذا ناتج عن وجوب المحافظة على ملك نفسه بتحديده ، وعلى عدم اعتدائه على ملك الغير أو الاختلاف في مدى ملكه مثلًا ؛ فوجب وضع الحواجز الجبرية ، وهكذا يكون الالتزام إما بقبوله اختياريًا أو بفرضه قانونًا نظرًا للمصلحة العامة .

والتزام الوصي والقيم بأداء وظيفتهما فيما عهد به إليهما ناتج عن قبوله الوصاية أو القوامة متى كان معينًا ، ومعنى قبوله ذلك قيامه نحو عديم الأهلية بما يعمله لنفسه ، والتزام الشريك ببيع ما لا ينقسم تثبيتًا لقواعد العدل وتمكينًا لكل مالك من أن ينتفع بملكه بمنتهى الحرية كما يشاء . ومعلوم أن الملك المشترك لا يصح لأحد [4] الشركاء أن يتصرف فيه إلا

---

(1) قاعدة : المدين بريء حتى يثبت الدين في ذمته .

(2) عملًا بالقاعدة المعروفة ( البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ) .

(3) يقول ابن رشد : « اتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها . بداية المجتهد جـ 2 ص 54 ، والشرح الصغير جـ 2 ص 432 .

(4) قاعدة : الملك المشترك لا يصح لأحد الشركاء أن يتصرف فيه إلا بإذن بقية الشركاء .

بإذن بقية شركائه فكان لزامًا زوال هذه الحالة الشاذة بوجوب بيع ما لا ينقسم [1] .

فيكون أساس التشريع الإسلامي مبنيًا على عدم إلزام الشخص ما لا يلتزمه هو باختياره أو ينتج عن التزام قَبِله ، هو أو كانت المصلحة العامة تقتضي التزامه به ، كدفع ضريبة للحكومة .

### العمل المترتب عليه تعويض :

لا يخلو عمل الشخص المكلف شرعًا إما أن يكون لنفسه أو لغيره ؛ فإن كان لنفسه فهو له وعليه إن خيرًا وإن شرًّا . وإن كان العمل لغيره ، فإما أن يكون وكيلًا شرعًا أو عرفًا أو أجنبيًّا ، فإن كان وكيلًا شرعًا أو عرفًا ودخل عمله تحت نص التوكيل أو عمله المكلف به ممن استخدمه فالمكسب والخسارة تعود على من وكله وهو الملزوم بما التزمه مخدومه أو وكيله ، وإن كان غير وكيل شرعًا ولا عرفًا فهو فضولي .

وحكم تصرف الفضولي وحكم أعماله موقوفة على رضاء وإجازة صاحب الحق في التصرف ( يعني المالك الحقيقي ) [2] ؛ فلو تعاقد الفضولي على بيع أو هبة أو إجارة لأملاك الغير مثلًا أو أي عقد آخر فعقده صحيح في ذاته لكنه غير لازم للمالك الحقيقي إلا إذا أجازه [3] . فإن لم يجزه فلا يزال الشيء المبيع على

---

(1) قال الدردير : « واستحسن كثير من المتأخرين أن العرف الجاري بين الناس كأهل البوادي والأرياف وغيرهم يموت الواحد منهم ولا يوصي على أولاده اعتمادًا على أخ أو جد أو عم لهم يعرف بالشفقة عليهم ينزل منزلة التصريح بإيصائه عليهم ، وله البيع في القليل والكثير بشروطه السابقة فيمضي ولا ينقض » الشرح الصغير ، باب الوصية 177 : 192 .

(2) وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ووقف البيع على رضا المالك الحقيقي الشرح الصغير ( 5/3 ) .

(3) تناولت المادة 466 من القانون المدني المصري أحكام بيع ملك الغير ونصها أنه :

« إذا باع شخص شيئًا معينًا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطالب بإبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

وقد تقدمت الإشارة إلى أخذ عدد من القوانين العربية بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة القابلية للإبطال التي أخذ بها القانون المدني المصري ، كما تقدمت الإشارة إلى ما قاله عبد الرازق السنهوري في تفضيل الأخذ بوقف العقد ، ولهذا أخذت المادة 127 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية بهذا المعيار واعتمدت فكرة العقد الموقوف التي يأخذ بها الفقه الإسلامي والتقنين العراقي والتقنين الأردني .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153 ) .

ملك صاحبه لا يفوت إلا بذهاب عينه فقط فإن فات كان الضمان على الفضولي ، فيضمن الأكثر من الثمن والقيمة كل هذا متى كان المالك الحقيقي غائبًا غير عالم بهذا التصرف . فإن تصرف الفضولي بحضرة المالك لزم المالك هذا التصرف [1] ؛ لأن الفضولي صار وكيلًا [2] بسكوت المالك ، فإن سكت المالك الحاضر وقت بيع الفضولي سنة فلا حق له في المطالبة بالثمن . فإن لم يكن حاضرًا فله المطالبة عشرة أعوام في ثمن المنقول والعقار [3] أو ذاته إن وجدت بلا تغير [4] .

(1) تناولت المادة 468 من القانون المدني المصري حكم بيع الفضولي ، ونصها :
« إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » .
وقد أخذت المادة 441 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة بما يقرب من ذلك ، فنصت على أنه « إذا لم يجز المالك البيع بطل العقد . وفي هذه الحالة يجوز للمشتري إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع أن يطالب بتعويض إذا كان البائع حسن النية » .
ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 3/135 من التقنين العراقي التي تنص علي أنه : « إذا لم يجز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف ، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر أداه عالمًا أنه فضولي ، فلا رجوع له بشيء منه » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 154 ) .
(2) الفضولي كالوكيل . الشرح الصغير ( 5/3 ) .
(3) تناولت المادة 467 من القانون المدني المصري حكم إجازة المالك بيع الفضولي ، ونصها :
1 - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحًا في حق المشتري .
2 - وكذلك ينقلب العقد صحيحًا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد .
وتختلف عن ذلك المادة 2/135 من التقنين العراقي في أخذها بفكرة العقد الموقوف ، ونصها : « فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلًا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر » .
وتقابل المادة 551 من التقنين الأردني . والمادة 509 من التقنين الكويتي .
انظر في الفقه الإسلامي المادتين 377 ، 378 من المجلة والمادة 397 من مرشد الحيران ، والمادة 152 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية علي مذهب الإمام أبي حنيفة ومذكرتها الإيضاحية .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 153 ) .
(4) يقول الدردير : « وصح بيع غير المالك للسلعة وهو المسمى بالفضولي ، ولو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك ووقف البيع على رضاه ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته ، وصار الفضولي كالوكيل » . الشرح الصغير جـ 3 ص 5 .
حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 53 ، 54 ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص 184 .

ولا فرق بين التزامات الفضولي في ملك الغير ولا عمله فيها ، فإن جاء شخص لا علاقة بيني وبينه إطلاقًا لا في عمل مشترك ولا هو موظف عندي ولا وكلته لا عرفًا ولا شرعًا وأحضر طوبًا وبنى لي منزلًا في قطعة أرض اشتريتها لأبني عليها منزلًا فهو بلا شك فضولي فلست ملزمًا بما عمل ولا أجر له عندي وأنا مخير بين قبول هذا المنزل ودفع قيمة ما تكلفه بناؤه لهذا الفضولي أو أمره بإزالة ما عمل . وليس في هذا ضياع أموال الناس بالباطل لأن الفضولي هو الذي عرض ماله للضياع ، فهو المفرط وهو أولى بالخسارة .

إذًا ليس هناك إدارة أعمال إلا ما تعارف الناس عليها في معاملاتهم من وكيل أو موظف لعمل خاص مثلًا كما سيأتي تفصيله فهذا التشريع فيه إلزام هذا الشخص قهرًا عنه ، ويجب في الالتزامات تحقق الإرادة ولو في الجملة ، وهذا لا علم له من صاحب العمل إطلاقًا .

وأما أداء ما ليس بواجب فإن كان تبرعًا صح وكان هبة ، وإن كان أداء لحق ظنه واجبًا وتبين خلافه وجب على من أخذه رده ، لأنه لا يصح أخذ شيء من الغير بغير حق [1] ، ويجوز لمن دفع ما ليس بواجب على ظن أنه واجب استرداد ما دفع . فإن دفع عن الغير فلا يخلو حاله إما أن يكون دفع احتسابًا أو دفع انتظارًا لميسرة فإن دفع احتسابا فلا رجوع له بشيء وإن قضى دين غيره بغير إذنه مُشهدًا أنه دفعه ليسترده جاز له ذلك . فإن قضاه بعلمه فهو وكيل في الأداء ، وعلى المدين الدفع لمن

(1) القاعدة في الفقه الإسلامي أنه « لا عبرة بالظن البين خطؤه » ( المادة 73 من المجلة ) كما أنه « لا عبرة للتوهم » ( المادة 74 من المجلة ) ، ومن تطبيقات هذه القاعدة أن « من ظن أن عليه دينا فبان خلافه يرجع بما أدى » الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 193 وما بعدها . ومن هذا يبين أن دفع غير المستحق يوجب الرد . مجمع الضمانات للبغدادي 458 وما بعدها ومصادر الحق للسنهوري 56/1 والمادة 207 في مرشد الحيران . وقد تناولت أحكام دفع غير المستحق المادة 181 مدني مصري والمادة 192 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 233 عراقي والمادة 296 مدني أردني ، ونصها أنه : « من أدى شيئًا ظانا أنه واجب عليه ، ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائمًا ومثله أو قيمته إن لم يكن قائمًا » . وفي المادة 297 من هذا القانون النص على أنه : « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن يتحقق » .

( انظر المذكرة الإيضاحية لهاتين المادتين في القانون المدني الأردني والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ص 94 وما بعدها ) .

أدى ، فإن اختلفا فقال المدين للدافع : دفعت احتسابًا ، وقال الدافع : دفعت لأرجع عليك فالقول للدافع ؛ إذ الأصل عدم الخروج عن الملك إلا بالوجه المقصود إلا أن تدل قرينة على كذب الدافع كما لو دفع عن الميت المفلس ثم طرأ ما لم يعلم به وطلب الرجوع . وقال ابن الحاجب [1] : ولو تنازعا في دفعه محتسبًا فالقول قول الدافع إلا لقرينة [2] .

والتشريع الحديث كالقانون الألماني بعد سنة 1900 والسويسري قد اتبع التشريع الإسلامي فحذف إدارة الأعمال وقرر أنه يجب أن يكون سبب الالتزام هو القانون أو الشخص نفسه .

أما إدارة الإعمال الناتجة من تدخل شخص أجنبي في أملاك آخر لإصلاحه أو تحسينه بغير إذن المالك صراحة أو ضمنًا فهذا غير موجود . ولا يجوز أن يكون موجودًا ، لأنه إلزام بغير التزام وقهرٌ بدون مبرر ، وتدخل في أملاك تخص شخصًا هو صاحب الحق فقط في التصرف فيها إيجادًا وعدمًا تصليحًا وتخريبًا ، وإلا فإن أجزنا نوعا من هذا فقد ذهب الحق المطلق على الحرية في الملكية لغير سبب عام يدعوه كالمصلحة العامة ، بل فيه تقديم مصلحة أجنبي على مصلحة المالك وهو لم يقله أحد .

إذًا لسنا في حاجة لشروط ؛ لأن الأساس غير موجود .

ومن المؤسف في التشريع الحديث أن المالك إذا عارض تصرف الفضولي فيطبق عليه قاعدة ( الثراء على حساب الغير ) إن كان العمل نافعا ، ومعناه إلزام المالك بما انتفع به من تصرفات الغير .

---

(1) ابن الحاجب هو أبو عمر وجمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس المعروف بابن الحاجب المصري . كان مولده سنة 570 ومات بالإسكندرية في شوال سنة 646 وفي حسن المحاضرة مات عن 85 سنة . انظر : شجرة النور الزكية ص 167 رقم 525 .

(2) ذكر ابن جزى وجوب أن يكون الواهب صحيحًا مالكًا أمر نفسه ، فإن وهب المريض ، ثم مات كانت هبته في ثلثه عند الجمهور . القوانين الفقهية ص 271 ، إرشاد السالك ص 86 .

## بند [ 105 ] إدارة الأعمال

**القانون الفرنسي** : وهو إتمام عمل لصالح شخص آخر بدون توكيل عنه فيه ، والذي يكمل العمل لصالح شخص آخر يسمى ( مدير العمل ) والذي عمل العمل لمصلحته يسمى ( رب العمل ) .

متى تكون إدارة الأعمال ؟ يكاد ينحصر هذا في عمل واحد وهو تداخل شخص في أملاك آخر لإصلاحه أو تحسينه ، وقد توسع في تطبيقه وتفسيره العلماء المجددون حتى عرفوه بأنه كل شخص يستفيد من نشاط شخص آخر .

**ويشترط في وجود إدارة العمل أربعة شروط :**

**أولًا** : التداخل في أعمال الغير ماديًّا بتعمير الخرب أو إيجاد حقوق للمالك على الغير أو الاتفاق في الأعمال القضائية بما يعود بالمنفعة على أملاك الغير بل حتى في حق الحياة أو الحرية أو الشرف .

**ثانيًا** : عدم العمل بنية الطمع والأنانية الخالصة ؛ فالشخص الذي يعمل معتقدًا أنه لمصلحته الخاصة ولحسابه الشخصي لا يمكنه ادعاء إدارة العمل . فيجب أن يعمل لمصلحة الغير أو مع مصلحته أيضًا .

**ثالثًا** : عدم وجود توكيل بين المدير وصاحب العمل ( المنتفع ) فلو وجد توكيل لمدير العمل لقيل وكيل يعمل لمصلحة موكله .

**رابعًا** : عدم معارضة صاحب العمل ( المنتفع ) في العمل ، فإن عارض فيه فلا يكون من باب إدارة العمل ولكن يطبق عليه الثراء على حساب الغير إن كان العمل نافعًا ، ويشترط في مدير العمل أن يكون أهلًا للإلزام والالتزام .

### نتائج إدارة العمل :

**أولًا** : بين مدير العمل ورب العمل : ينتج من إدارة العمل التزامات يتحملها المدير والتزامات يتحملها صاحب العمل ، فالتزامات مدير العمل هي :

1 - يجب على مدير العمل الاستمرار فيما بدأه حتى إتمامه مع ما يتبعه . وموت صاحب العمل لا يوقف العمل بل يستمر المدير حتى يتمه إلى استلام الورثة .

2 - يجب على مدير العمل أن يعمل كأب شفيق بعناية تامة حتى إنه لو أخطأ

أو نتج عن إدارته ضرر فللقاضي تقدير ذلك في التعويض .

3 - يجب على مدير العمل تقديم كشف حساب عن أعماله وما أنفقه فيها كوكيل ، ولزمه فوائد ما صرفه لحسابه الخاص من تاريخ عمله وفوائد باقي الحساب بذمته من تاريخ مطالبته رسميًا . والتزامات رب العمل تتحقق متى كان العمل نافعًا ، وتتحقق منفعته وقت نهايته لا وقت إدارة العمل ولا وقت رفع الدعوى ليفصل القضاء . والالتزامات هي :

1 - دفع ما أنفقه المدير في العمل وفوائده من تاريخ ابتداء العمل متى كان نافعًا وضروريًا كقواعد التوكيل .

2 - دفع ما تعهد به مدير العمل للغير والوفاء بالتزاماته الناتجة عن العمل .

**ثانيًا** : العلاقة بين مدير العمل للغير ورب العمل وبين الغير .

رب العمل ملزم بما تعهد به المدير باسمه مع الغير مادام العمل نافعًا ، فإن كان العمل غير مفيد لم يلزم رب العمل بشيء ، والتزم مدير العمل نحو الغير بتعويض لما أصاب ذلك الغير .

## الفرق بين إدارة العمل والوكالة ما يأتي :

**أولًا** : إدارة العمل شبه عقد ؛ لأنه لم يجتمع فيه قبل وجوده لا عرْضًا ولا قبولًا ، والوكالة عقد قانوني تترتب عليه آثاره باختيار ورضا الطرفين .

**ثانيًا** : الموكل ملزم بالوفاء بما تعهد به وبما صرفه الوكيل لمصلحة وكيله حتى المصاريف الشخصية ولو كان العمل غير مفيد للموكل ، بينما رب العمل ليس ملزمًا في إدارة العمل إلا بدفع المصاريف المفيدة .

**ثالثًا** : تنتهي الوكالة بموت الموكل وليس الوكيل ملزمًا بمباشرة عمله إلا إذا كان في الترك ضرر ، وبالعكس في إدارة العمل فعلى مدير العمل الاستمرار في إدارة عمله عند موت رب العمل حتى نهايته واستلام الورثة منه ذلك .

**رابعًا** : فوائد المبالغ المدفوعة من الوكيل تسري من يوم تحقق وجودها بدون إنذار ولا تنبيه ، بخلافها في مدير العمل فتسري من يوم التنبيه الرسمي .

**خامسًا** : الوكلاء ملزمون بتنفيذ الوكالة بالتضامن ، وليس بين مديري العمل أي

تضامن في التنفيذ . وهذه التفرقة بين إدارة العمل والوكالة تأتي قبل قبول رب العمل ما عمله المدير لحسابه ، ولكن بعد تصديقه عليه وقبوله تكون نتيجته راجعة إلى الماضي ويفرض كأنه كان وكيلًا فيستوي مدير العمل والوكيل إذًا في هذه الحالة (1) .

## بند [ 106 ] التشريع الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن هذا التشريع غير موجود في التشريع الإسلامي لأنه تأباه العدالة والمبادئ العامة في حق المالك المطلق في التصرف في ملكيته .

ولا ينطبق على قواعد الالتزام الاختيارية ، بل ولا قواعد الالتزام الضرورية للمصلحة العامة التي أساسها القوانين السماوية العادلة ؛ ولهذا عدل عنه في التشريع الحديث في القانون المدني الألماني والقانون السويسري ، وسيأتي الوقت ليعدل عنه التشريع الفرنسي فيقال عندئذ هذا هو التشريع الحديث ، ولا يعرف المشرعون أصله ومأخذه وهو التشريع الإسلامي ولله في خَلقِه شئون .

## بند [ 107 ] أداء ما ليس بواجب

**القانون الفرنسي** : أداء ما ليس بواجب هو أداء شخص شيئًا خطأ ظنه واجبًا عليه لشخص آخر وليس في ذمته أي شيء ، والذي أخذ ما أدى بغير حق يجب عليه رده ، فإن لم يرده وديًا فللمؤدي رفع دعوى تدعى ( دعوى استرداد ما ليس بواجب ) .

وهذا يشبه التعاقد من جانب واحد ؛ لأن الالتزام فيه تولّد اختياريًا قانونيًا بدون اتفاق من الطرفين .

### شرط دعوى استرداد ما ليس بواجب :

يجب لصحة هذه الدعوى ثلاثة شروط :

**أولًا** : يجب وجود أداء ( دفع ) ودليل الدفع شهادة شهود إلى 150 فرنكًا وما زاد فدليل كتابي طبقًا للقانون العام .

---

(1) انظر : البنود من 1984 إلى 1990 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 134 ، 135 .

**ثانيًا** : يجب وجود أداء ما ليس بواجب ( دفع ما ليس بواجب ) ويتحقق تحت ثلاثة أشكال :

1 - أدى ما ليس بواجب أصلًا ، كشخص ليس مدينًا أصلًا أدى لشخص ليس دائنًا أصلًا ، كمن دفع دينه مرتين أو دفع أزيد مما يجب عليه ، أو دفع مع وجود شرط معلق ثم تحقق المعلق عليه .

وأما تنفيذ الالتزامات الطبيعية فلا تدخل في هذا بشرط معرفة السبب بأنه ينفذ واجبًا طبيعيًّا .

2 - أدى ما يجب ولكن لغير دائنه ، فالمؤدي مدين حقيقة والآخذ ليس دائنًا له .

3 - أدى غير ما يجب ولكن لدائنيه ، فالمؤدي ليس مدينًا والآخذ دائن حقيقة ولكن لغيره ، ومع ذلك فلو كان الآخذ حسن النية وأتلف سند دينه بمجرد أخذه ما دفع فليس بملزم بالرد ، وعلى من سدد دين الغير رفع دعوى ضد المدين الأصلي ( عدم الغنى على حساب الغير ) .

**ثالثًا** : يجب أن يكون أداء ما ليس بواجب حصل خطأ ( غلطًا ) لأن الذي يؤدي ما ليس بواجب عليه ويكون واهبًا ( متبرعًا ) للغير بما دفع فقد تنازل فعلًا عن دعوي استرداد ما دفع مع علمه بذلك .

مادة وتطبيق دعوى استرداد ما ليس بواجب :

1 - إذا كان ما أدِّي مبلغ من المال أو شيء له جنس وجب رد الكمية بصفاتها التي تلقاها 100 مائة جنيه ، أو عشرة أرادب قمح من نوع معين رد مثلها ، فإن كان سيئ النية فعليه الأرباح من تاريخ إعلانه بالرد وإن كان حسن النية فلا .

2 - إذا كان ما أدى جسمًا محققًا وجب رده بعينه إلى الذي أداه له ، وعلى المدعى عليه رد أرباح المبالغ التي استلمها إذا كان سيئ النية من يوم إعلانه أمام القضاء ، وحسن النية لا شيء عليه غير رد الأصل فقط ، وعلى المسترد المصاريف الضرورية لحفظ العين المسلمة بدون نقص .

فإن هلك أو تلف ما دفع فإن كان المستلم حسن النية فلا يرد شيئًا ، إلا إذا كان بإهماله أو بسببه فيرد القيمة ، وإن كان سيئ النية وتلف ما عنده ، ولو كان الهلاك

من غير تسببه .

فإن باعه هذا الذي تسلمه رد ثمنه إن كان حسن النية وإن كان سيئ النية رد قيمته الحقيقية مهما بلغت .

ولمن أدى ما ليس بواجب أن يسترد ما أداه عينًا من يد من اشتراه ؛ لأن ملكيته لا تُزال عمن أداه لعدم وجود سبب صحيح لنقل الملكية ، ويلاحظ أنه إذا ما أدى منقولًا منع الاسترداد للقاعدة ( وضع اليد في المنقول يعادل دليل الملك ) [1] .

## بند [ 108 ] أداء ما ليس بواجب

**التشريع الإسلامي** : هذه الجملة تشمل أنواعًا كثيرة من الحالات ؛ فتشمل تعهد شخص مثلًا بالإنفاق على آخر مدة معينة أو مدة الحياة بلا علاقة قرابة أو زوجية بين الطرفين فهذا ليس بواجب ، ولكن متى تعهد به وأداه يقال : إنه ( أداء ما ليس بواجب ) يعني أصالة ، وتشمل دفع الدين عن الغير ودفع الدين عن نفسه وهو في الواقع ليس مدينًا . كل هذا يدخل تحت ( أداء ما ليس بواجب ) .

ولكن الذي يعنيه القانون الوضعي هو دفع شيء خطأ ظنه واجبًا عليه لشخص آخر مع عدم مشغولية ذمته في الحقيقة بشيء ؛ فمن أدى شيئًا خطأ لغيره بدون وجوب عليه كان له الحق في الرجوع بما أدى على الآخذ . ووجب على الآخذ رد ما أخذ بغير حق [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1371 إلى 1381 في الباب الأول ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 312 ، 313 ، 314 .

(2) تناولت تقابل المادة 181 من القانون المدني المصري حكم دفع غير المستحق ، ونصها :

1 - كل من تسلم علي سبيل الوفاء ما ليس مستحقًّا له وجب عليه رده .

وقد سبقت الإشارة إلى مقابلاتها من الفقرة الأولى للمادة 233 من التقنين العراقي التي تنص على أن « من دفع شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به علي من قبضه بغير حق » .

وتطابق في حكمها المادة 296 من التقنين الأردني التي تنص علي أن « من أدي شيئًا ظانًّا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إذا كان قائمًا ومثله أو قيمته إن لم يكن قائمًا » .

وتطابق في حكمها المادة 264 من التقنين الكويتي التي تنص على أن « كل من تسلم ما ليس مستحقًّا له ، التزم برده » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 64 ) .

ومتى أدى الشخص لغيره ما ليس بواجب عليه خطأ وأثبت ذلك بالبينة الشرعية الصحيحة جاز للمؤدي مقاضاة الآخذ وإرغامه على رد ما أخذه [1] .

وسواء كان الدافع ليس مدينًا أصلًا أو كان مدينًا ولكن لغير من دفع له ، أو كان مدينًا ولكن غير ما أدى فكل هذه يصدق عليها أنه أدى ما ليس بواجب عليه . وما دام الدفع خطأ وجب رد المدفوع لصاحبه ، وجاز مقاضاته متى امتنع عن الرد .

ويعتبر المشرع الإسلامي أن من أخذ شيئًا على سبيل الأمانة كالمودع عنده والمستعير بل والمستأجر ، وطلب منه رد هذه الأمانة وامتنع من الرد لصاحبها غاصبًا تطبق عليه أحكام الغاصب والغصب [2] .

فمن أخذ شيئا من آخر دفعه إليه خطأ على أنه واجب عليه ، وتبين ذلك له وجب عليه الرد ، فإن لم يرد فهو في حكم الغاصب وتجري عليه أحكامه .

والآخذ إما أن يكون عالمًا بعدم الوجوب وأخذ أو لا يعلم ، أو اختلط عليه الأمر فحكمه كالآتي :

1 - في حالة علم الآخذ بعدم الوجوب يضمن بالحيلولة بين المالك وملكه ويضمن بالفعل متى حصل مفوت ؛ لأنه يقضى عليه بالرد عينًا ما دام المغصوب موجودًا ، ويضمن ما أخذ ولو تلف بسماوي أو بجناية غيره عليه ، حتى ولو مات حتف أنفه ، ومتى تمكن من عين شيئه أخذه وجوبًا حتى لو كان مثليًا [3] .

فيضمن مثل المثلي إذا تعيب أو تلف ، و إن كان مقومًا خُيّر ربه بين أخذه عينًا

---

(1) قال ابن جزي : « التحبيس جائز عند الإمامين ، وأما المُتحبس عليه فيصح أن يكون إنسانًا أو غيره كالمساجد والمدارس » . القوانين الفقهية ص 273 .

(2) قال الدردير : « الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة ، والمراد بالأخذ الاستيلاء عليه ولو لم يأخذه بالفعل ، فمن استولى على مال شخص بأن منع ربه منه ، وهو لم ينقله من موضعه فهو غاصب » . جـ 3 ص 234 ، ص 226 . وجاء في الشرح الصغير : « وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء على الشيء الذي غصبه بمجرده ، ولو تلف بسماوي ... ( 235/3 ) .

(3) يقول ابن رشد : « وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تُلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء ، أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق » .جاء في الشرح الصغير ( 235/3 ) : وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء على الشيء الذي غصبها أي ولو تلف بسماوي .

راجع : بداية المجتهد جـ 2 ص 316 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 234 .

أو تضمين الغاصب قيمته يوم الغصب ( وهو يوم الاستيلاء ) [1] .

وللدافع غلة ما دفع بغير حق إذا استعمله أو أكراه الآخذ ؛ فإن لم يستعمله أو يُكْرِه فلا شيء عليه . فإن نشأت الغلة من غير استعمال كصوف ولبن وولد فهي للمغصوب منه .

وما أنفقه الآخذ على ما أخذ كعلف ومؤنة وكسوة وسقي أرض وعلاجها أو خدمة شجر ونحو ذلك مما لابد منه للشيء المدفوع بدون حق ، ففي غلة المأخوذ . فإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع ، وإن زادت الغلة على النفقة فهي لربها .

2 – في حالة عدم علم الآخذ أو اختلاط الأمر عليه ، بحيث قد ظن أن الدافع هو المدين ، فيكون حسن النية فينزل منزلة ذي الشبهة ، ويعتبر أمينًا فيفوز بالغلة ولا يجب عليه ردها ، فان هلك أو تلف ما دُفِع فلا ضمان عليه إلا إذا أهمل أو فرط في العناية أو التعهد ، أو كان متعديًا فعليه قيمةُ المقوم ومثلُ المثلى يوم الهلاك ، لا يوم الدفع .

ولمن أدى ما ليس بواجب أن يسترد ما أداه عينًا من يد مشتريه ما دام موجودًا لم يطرأ عليه ما غيره ؛ لأن ملكيته لا تزال موجودة لعدم وجود سبب شرعي لنقل الملكية . غير أن معاملات الناس تقتضي الثبات والاطمئنان ؛ فلو أجاز المشرع أخذ عين الشيء المدفوع بغير حق حتى ولو تغير في ذلك لكان ذلك اضطرابًا في التعامل ، ونزعًا للثقة بين الناس وخوفًا مستمرًا ، فوضع المشرع حدًا لأخذ المدفوع بلا حق وهو الفوات كفوت المغصوب لا كفوت البيع الفاسد . ويبقى بعد الفوت دعوى استرداد القيمة أو المثل كما سبق [2] .

(1) و ضمن مثل المثلي ، ولو بغلاء و صبر لوجوده،و لبلده ،و لو صاحبه الغاصب ، و له أخذ الثمن ، والمنع منه . الشرح الصغير ( 235/3 ) .

(2) يتناول الفقهاء المسلمون أحكام أخذ الإنسان ما ليس ملكا له بغير حق أو سبب شرعي تحت عنوان الغصب . والواجب على الغاصب أن يرد ما أخذه بعينه إن كان قائمًا ، فإن هلك وجب عليه أن يرد مثله إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات . والقاعدة في الفقه الإسلامي أن « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . وقد تناول القانون المدني الأردني أحكام الغصب طبقًا لمقررات الفقه الإسلامي ، وذلك في المواد 279 – 288 ، ويقابل ذلك في القانون المدني العراقي المداد 189 – 197 . وراجع أحكام الغصب في المجلة العدلية في المواد 881 وما بعدها وبدائع الصنائع للكاساني 143/7 وما بعدها . وقد تناولت المادة 185 من القانون =

وقاعدة ( وضع اليد يعادل دليل الملك ) سبق التكلم عليها وأن الاستثناءات من هذه القاعدة في القوانين الوضعية جعلتها لا تساوي شيئًا ، وفي التشريع السماوي وضع اليد يعادل دليل الملك ما لم يعارض بدليل آخر أقوى منه [1] وهو الحجة الشرعية فوضع اليد دليل الملك عند عدم وجود دليل آخر يناقضه [2] .

## بند [ 109 ] الثراء بلا سبب

**القانون الفرنسي** : الثراء بلا سبب نظرية المتشرعين وجدت وطبقت بمقتضى قاعدة عادلة ، وهي ( الثراء من غير سبب شرعي على حساب الغير لا يجوز ) إذن فكل من أثرى بغير سبب قانوني يمكن إكراهه قانونًا بإرجاع ما تلقاه من الغير بدعوى خاصة .

---

= المدني المصري أحكام الحائز الحسن النية لملك غيره ، ونصها :

1 - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

2 - أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضًا الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية .

3 - وعلي أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى .

وهو ما تناولته المادة 267 من التقنين الكويتي .

والمادة 244 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 - من دفع شيئًا ظانًا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به علي من قبضه بغير حق .

2 - وإذا كان من تسلم غير المستحق سيئ النية وقت التسليم أو بعده فإنه يلتزم أيضًا برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيد من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية . وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى . ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيئ النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه . وتقابل المادة 300 من التقنين الأردني التي تقول : « علي المحكمة أن تلزم من قبض شيئًا بغير حق أن يرده إلي صاحبه ولها علاوة علي ذلك أن تأمر برد ما جناه القابض من مكاسب أو منافع ولها أيضًا أن تعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 66 .

(1) قاعدة : وضع اليد يعادل دليل الملك ما لم يعارض بدليل آخر أقوى منه أو يناقضه .

(2) عن حديث من أحيا أرضًا فهي له يقول الرهوني : « إن عموم الموات الواقع في الحديث المستفاد من وقوع النكرة في سياق الشرط مخصوص بموات لم يتعلق به حق لغير من أراد الإحياء » . حاشية الرهوني على الزرقاني جـ 7 ص 97 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 68 ، 69 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 316 .

مأخذه القانوني : هذا المبدأ ليس منصوصًا عليه كقاعدة في مواد القانون ، ولكن القانون طبقه في عدة مواضع : في البناء على أرض الغير ، التعويض بين الزوجين في نظام الزواج العام م 1433 و 1437 م .

شروط تطبيق هذه القاعدة على غير ما نص عليه قانونًا .

لتطبيق هذه القاعدة يجب وجود أربعة شروط :

**أولًا** : افتقار الطالب ، فلا تطبق هذه القاعدة على من عمل في ملكه شيئًا أفاد جاره في أملاكه ؛ لأنه لم يفتقر في شيء .

**ثانيًا** : ثراء المدعى عليه ، كمن أرشد وارثا إلى تركة مورثه المتروكة له ، وهو لا يعلم عنها شيئًا بدون هذا المرشد فعليه نفقة المرشد ، وتعويضه على أتعابه .

**ثالثًا** : عدم وجود سبب قانوني ، فإن وجد سبب قانوني لهذا الإثراء فلا تعويض كتسلم المالك ملكه بعد نهاية عقد الإيجار فما زاد فيه من تحسين لا تعويض فيه . كذلك من له حق التمتع بالثمرة ليس له الرجوع على المالك بعد نهاية حقه بما زاد من تحسين الاستثمار .

**رابعًا** : عدم وجود دعوى أخرى أيًا كانت لتعويض الضرر .

فليست هذه الدعوى لتعويض المدعي عما أصابه من خسارة ، ولكنها تقدر بما زاد في يسار المدعى عليه فهي دعوى معادلة ، ومبنى هذه الدعوى على الحق الطبيعي .

وتتشابه دعوى إدارة العمل والثراء بدون سبب في أن سبب كل منهما منفعة بدون حق تتحقق بشخص إلى شخص آخر [1] .

## بند [ 110 ] الثراء بدون سبب

**التشريع الإسلامي** : التشريع الإسلامي يأمر في قواعده دائمًا بعدم الاعتداء على حقوق الغير ، وعدم أخذ شي بدون حق وبدون مقابل إلا ما نص عليه في هبة أو

(1) انظر : البند 555 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الثاني من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 124 ، 125 .

وصية مثلًا [1] ، فمن أخذ شيئًا من غيره وجب عليه رده إن أمكن عينًا ، فإن لم يكن وجب عليه رد مثله إن كان له مثل أو قيمته إن كان مقومًا .

ووضع طرقًا للتملك محصورة إما بعقد أو بغير عقد ، فالعقد كالبيع والشراء مثلًا ، وغير العقد كإحياء الموات أو وضع اليد إلخ ، واشترط في وضع اليد ألا تكون قسرًا واغتصابًا فإن كانت تعديًا فلا احترام لها في نظر الشارع [2] .

فإذا أثرى شخص بدون سبب من أسباب الملكية المشروعة ينظَر في السبب ؛ فإن كان بطريق القهر والغلبة أخذ منه ورد لصاحبه وهو الغصب والغاصب ، وهو إثراء بغير سبب . وإن كان لسبب ظنه حقيقيًا فتبين خطأه ، كمن بنى في أرض اشتراها من غاصب ، ولا يعلم غصبه بل معتقدًا أن البائع له مالك حقيقي ثم استردها صاحبها بما عليها ، ففي الحقيقة قد أثرى صاحب الأرض بما وجد عليها ، وهو إثراء بلا سبب على حساب الغير فيقال للمالك المسترد للأرض : لا يجوز لك تملك البناء بلا سبب شرعي بينما [3] الباني لم يكن متعديًا ، فيقال له : ادفع قيمة البناء والغرس قائمًا منفردًا عن الأرض . فإن أبى قيل للباني : ادفع لمستحق الأرض قيمة الأرض براحًا . فإن أبى فشريكان بالقيمة للأرض والبناء .

وإن أثرى بطريق القسر والغلبة كمن بنى أو غرس في ملك الغير ، وكان غاصبًا أو مشتريًا من غاصب ، ويعلم غصبه فيخير رب الشيء المغصوب في أخذ البناء أو الغرس مع دفع قيمته منقوضًا أو مقلوعًا ، أو يأمره بتسوية أرضه بعد هدم ما بنى وقلع ما غرس ، فلم يبح لصاحب العقار الإثراء على حساب الغير وهو الباني أو الغارس ، فإن أخذ البناء أو الغرس فعليه دفع قيمته منقوضًا ، وإن اختار أرضه خالية كما كانت فلا شيء عليه ويجاب لطلبه ، فإنه وإن كان الباني والغارس ظالمًا في تعديه إلا أنه لا يجوز للمالك

---

(1) العقود قسمان : معاوضات ، كالبيع ، وتبرعات : كالهبة ؛ إذ إنها تملك ممن له التبرع ... بلا عوض الشرح الصغير ( 239/3 ) والوصية أيضًا بلا عوض .

(2) يقول ابن جزي : مقسما أنواع المكاسب وأنها كسب بغير عوض ، وبعوض ، فأما الكسب بغير عوض فأربعة :

1 - الميراث . 2 - الغنيمة . 3 - العطايا كالهبة والحبس .

4 - ما لم يتملكه أحد كالحطب والصيد ، وإحياء الموات . وبعوض ، فأربعة : عوض عن مال كالبيع ، وعوض عن عمل كالإجارة ، وعوض عن جناية كالديات . القوانين الفقهية ص 186 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 226 .

(3) في ( الأصل ) : [ بينما أن الباني ] .

الإثراء على حسابه ، ولا يجوز ظلم المتعدي بأخذ ماله بلا مقابل [1] .

وأما ما ذكر التشريع الوضعي من احترام تصرف الغير ، ولو كان سيئ النية كمن بنى أو غرس في أرض نفسه بأدوات الغير ، وإلزام صاحب الأدوات بأخذ القيمة فقط ، وحرمانه قهرًا من ملكه تنفيذًا لقاعدة من ملك الأرض فقد ملك ما عليها فهذا منتهى الظلم . ويجب عدم احترام أي تصرف في ملك الغير ، فيخير مالك الأدوات في أخذ أدواته أو تركها وأخذ ثمنها ، وحينئذ يعرف المعتدون على أملاك الغير أنهم لا يفوزون بها بل يخسرون فلا يعود أمثالهم لعمل كهذا ، وتأمن الناس على أملاكها .

على أن هذا وإن كان فيه إثراء على حساب الغير ففيه أكبر من ذلك ، و هو تشجيع التعدي على ملكية الغير و عدم احترامها .

وإن المثل الحقيقي لهذه المسألة ينطبق على شخص وهب له شخص آخر قطعة أرض فضاء فأقام عليها بناء فاستردها مالكها الحقيقي ، فلا يصح له شرعًا اغتنام بناء الباني الموهوب له ولا الثراء على حساب الغير ، فإما أن يدفع قيمة المباني منفردة ، وإما أن يدفع الباني قيمة الأرض وإلا يعتبرا شريكين .

على أن هذا المبدأ ( الثراء بلا سبب ) قد يجد له واقعات يطبق عليها فمثلًا [2] :

---

(1) اختلف الفقهاء في تعريف الغصب ، فحده أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه إزالة يد المالك عن ملكه المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال . ولم يشترط محمد كون الفعل في المال لتحقق الغصب . وحده الشافعي بأنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه ، والإزالة ليست بشرط عنده لتحقق الغصب . أما المالكية ففرقوا بين الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير حق قصدا إلى تملكه ، وبين التعدي ، وهو إثبات اليد على مال الغير بقصد الاستيلاء على منفعته . يقول الدردير : الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة ، والمتبادر من المال الذات فخرج التعدي ، وهو الاستيلاء وعلى المنفعة فقط كسكني دار وركوب دابة من غير استيلاء على ذات الدار أو الدابة ، وقهرًا خرج به الأخذ اختيارا كعارية وسلف وهبة والدين من المدين والوديعة ونحوها ... وحرمته معلومة من الدين بالضرورة . الشرح الصغير جـ 3 ص 234 راجع تحليل هذه التعريفات المختلفة للغصب دلالاتها في ضمان العدوان لمحمد سراج في الفصل الخاص بالغصب .

(2) عن المغصوبات يقول ابن رشد : .. فأما الوجه الأول وهو أن يجعل في مال المغصوب ماله عين مال قائمة ، وهو ينقسم إلى قسمين ، أحدهما : أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته إلى حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك ، والثاني ألا يقدر إلى إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته . فأما الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة إلى حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطي للغاصب قيمة ماله فيها .

راجع تفصيلًا أكثر بداية المجتهد جـ 2 ص 319 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 330 ، 331 .

1 - اشترك اثنان في عمل تجارة ، وليس عندهما مال آخر ظاهر يعملان فيه ، وانقطعا للعمل فيها وبعد مضي أربع سنين أو خمس سنين امتلك أحد الشريكين أطيانًا وعقارًا بدون سبب ظاهر يبنى عليه هذا اليسار ، وبقي الشريك الآخر كما كان وقت الشركة ، فاتهم هذا الشريك شريكه الذي أثرى بلا سبب بأنه اختلس مال التجارة لنفسه واشترى هذه الأملاك ، ولا دليل عنده على الاختلاس سوى حالته وحالة شريكه قبل التجارة وأثناءها ، وطلب من القاضي الحكم له على شريكه برد هذه الأموال لشركة التجارة وعدم اختصاصه بها ، فعلى القاضي سؤال الشريك الذي أثرى بلا سبب ظاهر فإن بَيَّنَ بيانًا مقبولًا عرفًا وعقلًا خلى سبيله ، وإن لم يبين بيانًا صحيحًا مقبولًا أخذ منه المال الذي اختص به وأُرجع للشركة .

ولا يقال حينئذ : لا يسأل المالك من أين ملك ؛ لأن هذا محمول على حالة عدم اتهام أحد إليه ؛ فقد ذهب علماء المالكية إلى أبعد من هذا فقالوا : إذا اشتهر شخص بالعداء و الغصب على أموال الناس ، وادُّعي عليه بذلك فإن أقر أخذ منه ما معه ، وأعطى لأصحابه وإلا حبس و عذب و سجن لمعرفة حقيقة ما معه ، فإن توافرت الأدلة على اعتدائه صودرت أمواله ورُدَّت لأصحابها إن عُرِفوا ، وإلا أودعت بيت مال المسلمين [1] .

2 - عين القاضي وصيًّا على قاصر غني واسع الأملاك والوصي فقير ومضى أربع سنين أو خمس مثلًا ، فظهرت النعمة على الوصي بما لم يعرف الناس سببه ، و ظن الناس بالوصي أنه أكل أموال القاصر ، فبلغ القاضي ذلك أو بلَّغ القاصر واتُّهم الوصي بالاختلاس حيث لا سبب يعلمه الناس لهذا اليسار المفاجئ للوصي ؛ سأله القاضي فإن أبان بحق وعَدْل السببَ الذي أدى لذلك خلّى سبيله ، وإلا أخذ

---

(1) يقول الدردير عن المشهور بالغصب : أنه إن اشتهر بالعداء بين الناس ، فإنه يُحلَّف ويهدَّد ويضرَبُ ويستحق فإن استمر على جحوده تُرِك . الشرح الصغير جـ 3 ص 235 .

وجاء في الخرشي على مختصر سيدي خليل ( 130/6 ) « و أما المعروف بالعداء فإنه يضرب ، و يسجن ، ويطال سجنه ، بل قال بعض الأئمة : يخلد في السجن » .

وهذه هي مسألة الضرب للتهمة المختلف فيها بين الفقهاء والتي انفرد بها المالكية عند جمهور الفقهاء فأباحوا ضرب المتهم إذا اختفت القرائن ، ودلت على تغليب جنايته . وقد دافع الدكتور حسين حامد عن مالك في كتابه المصلحة ، ورد نسبة هذا الرأي للإمام مالك ، فانظره هناك .

ما في يده ورد للتركة ، وهذا تطبيق للمبدأ ( منع الثراء بلا سبب ) .

لهذا كان التشريع إسلاميًا بدمه ولحمه ، وإن كان لم يُذكَر له باب خاص . وقد طبقه الوضعيون في بعض مواضع ، ولكنهم اشتطوا به حتى طبقوه على بعض جزئيات لا يصح عدلًا تطبيقه فيها كما علمت آنفًا .

ويجب أن يكون الطالب قد ذهب بعض ماله ، وأن يكون حصل ثراء بالفعل للمدعى عليه بلا سبب قانوني شرعي ، وأن لا يكون قد أخذ تعويضًا عما أصابه .

وهذه الدعوى تكون دعوى تعويض لخسارة ، وتكون دعوى تقدير بما زاد في يسار المدعى عليه ، وفرق بينهما وبين إدارة العمل . فإن إدارة العمل سُلِبت فيها إرادة رب العمل ، وفُرض عليه قبول شيء لم يطلبه ولم يتعاقد عليه ، وأما في الثراء بلا سبب فقد اغتنم المثري شيئًا اقتطعه من أموال الغير بإرادته واختياره ، وهو ممنوع من ذلك شرعًا ، لهذا أمره المشرع بإرجاعه أو بدفع ثمنه [1] .

ويطبق هذا المبدأ على اللقطة [2] ، ومن وجدها وعرفها سنة ثم امتلكها أو لم يعرفها ثم امتلكها وجاء ربُّها وعرفها وطلبها ، فإن كانت قائمة بذاتها ولم تتغير أخذها وإلا أخذ مثلها أو قيمتها من ملتقطها [3] ؛ لأنه لا يجوز الثراء على حساب الغير بلا سبب [4] .

---

(1) قال ابن رشد : اتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنةً ما لم تكن من الغنم . ثم قال : وهي عند المالكية ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ، ويخشى عليه التلف إن تركه كالعين والعروض ، وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع إليه الفساد ، وقسم لا يخشى عليه التلف .

ولكل قسم منها أحكام تراجع في : بداية المجتهد جـ 2 ص 307 .

(2) عرف المالكية اللقطة بأنها مال معصوم عرض للضياع ، وإن كلبًا ، وفرسًا ، وحمارًا . الشرح الصغير ( 350/3 ) .

(3) اختلف العلماء في حكم اللقطة بعد السنة ، فاتفق فقهاء الأمصار ، مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وأبو ثور على أنه إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرًا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا .... وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر . بداية المجتهد ( 305/2 ، 306 ) .

(4) تناولت المادة 179 مصري و 180 سوري و 243 عراقي و 262 كويتي حكم الثراء أو الكسب بلا سبب أو الثراء على حساب الغير ، وبينت هذه المواد وجوب تعويض الشخص المتضرر من ذلك ، وإنما يجب ذلك بثلاثة شروط ، أولها إثراء المدين واغتناؤه ، والثاني افتقار الدائن ، والثالث عدم وجود سبب قانوني لهذا الإثراء . ولا يعترف القانون الإنجليزي بكون الإثراء على حساب الغير مصدرًا للالتزام إلا في حدود ضيقة .

وهو في الفقه الإسلامي محل خلاف فرآه بعضهم سببًا للالتزام في أحوال قليلة ، على حين يرى البعض الآخر =

## بند [ 111 ] الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها

**القانون الفرنسي :**

**الأعمال الموجبة للتعويض :**

**أولًا** : الضرر المدني ، وهو كل عمل غير قانوني مضر ومنسوب إلى فاعله ، ونتج عنه ضرر مقصود فيجب وجود أربعة شروط :

1 - يجب أن يكون العمل صدر مع قصد الضرر فإن صدر لا بقصد الضرر كان شبه ضرر مدني لا ضررًا مدنيًا .

2 - يجب أن يكون العمل مضرًا ، فكل عمل غير قانوني ، وغير مضر للغير لا يستوجب تعويضًا فليس له محل قانونًا ، والضرر إما مادي كإلحاق الضرر بأملاكه أو أدبي كإلحاق الضرر بشرفه أو سمعته .

3 - يجب كون العمل منسوبًا إلى فاعله بمعنى أنه يجب أولًا أن يكون هناك خطأ نتج عن إهمال أو عدم تعقل ، والطيش الخفيف في العمل يكفي لتحمل المسئولية . وتتلاشى المسئولية عند وجود قوة قاهرة حملت الفاعل على العمل ، ويجب أن يكون الفاعل ملزمًا بما فعل بأن يكون مختارًا وقت العمل ، ولا يشترط كون الفاعل أهلًا للتعاقد كالصبي فهو ملزم مدنيًا ، والمرأة المتزوجة ملزمة بخطأها حتى في أموال مهرها .

4 - يجب كون العمل غير شرعي يعني ضد القانون [1] .

---

= وجود نظرية عامة في هذا الفقه للإثراء على حساب الغير ( مصادر الحق للسنهوري 55/1 وما بعدها والوسيط للسنهوري 1252 وما بعدها الطبعة الثانية والمذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني وأساس ذلك في الفقه الإسلامي قوله ﷺ : « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادًا ولا لاعبًا » . وكذلك الحديث الشريف : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ( الشوكاني ، نيل الأوطار جـ 6 ص40 و 62 ) .

وقد نصت المادة 97 من المجلة في هذا المعنى علي أنه « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 64 ) .

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 314 : 316 .

## بند [ 112 ] الأعمال الموجبة للتعويض

### التشريع الإسلامي :

**أولاً** : الضرر : وهو كل عمل غير قانوني نتج عنه ضرر للغير . ولا يشترط أن يكون الضرر مقصودًا حصوله من فاعله . فإن الصبي ولو غير مميز كابن شهرين يضمن ما أفسد من مال غيره في ذمته ، ويؤخذ من ماله إن كان ، وإلا انتظر وجود ماله . ومثل الصبي - ولو غير مميز - المجنون فإنه يضمن ما أفسده في ذمته . وتضمينهما هو القول المشهور في المذهب في المال ، وفي النفس الدية على عاقلتهما [1] إن بلغت أكثر من

---

(1) تناولت المادة 164 من القانون المدني المصري المسئولية عن الإضرار بالغير ، ونصها :

1 - « يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متي صدرت منه وهو مميز .

2 - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول علي التعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم .

وهو ما تناولته المادة 291 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 - إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

2 - وإذا تعذر الحصول علي التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيًا غير مميز أو مجنونًا جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، علي أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه علي من وقع منه الضرر .

3 - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم .

وتقابل هاتان المادتان في التقنين الأردني المادتين الآتيتين :

م 256 : « كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م 278 : « إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابل هاتان المادتان المادة 2/227 من التقنين الكويتي التي تنص علي ما يأتي :

« ومع ذلك يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز » .

ويتفق إيجاب المسئولية على الصغير ولو غير مميز عما يحدثه من ضرر للغير مع قواعد الفقه الإسلامي ؛ إذ الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف فلا يشترط فيه تمييز ولا بلوغ ، ولذا كان فعل المجنون أو الصبي موجبًا للضمان كفعل العاقل البالغ . وإنما يجب الضمان في مال الصغير أو المجنون فيما نص عليه الفقهاء ونبه إليه المؤلف . غير أن ذلك قد يؤدي إلى ضياع حقوق المتضرر ، لغلبة فقر الصبيان والمجانين ، وإنما وجب في مال أوليائهم لأنهم هم المسئولون عنهم وعن منعهم من الإضرار بغيرهم ، وهو مما ييسر للمضرور الحصول على التعويض إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول علي التعويض من ماله . حيث يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض كولي أو وصي أو قيم أو مكلف بالرقابة . ويكون لهذا المسئول إذا استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه ، أن يرجع فيما بعد على عديم التمييز ( قارن م 916 من المجلة ) .

=

الثلث ، وإلا فعليهما في مالهما إن بلغت الثلث [1] .

وقال بعض علماء المذهب لا شيء عليهما مطلقًا كالعجماء من الدواب فعلها هدر في المال والنفس . وقال آخرون لا شيء عليهما في إتلافهما المال ، وأما النفس فالدية على العاقلة إن بلغت الثلث .

والضمان فيما تلف يكون مثل المثلي وقيمة المقوم يوم التعدي والضمان . هو المعبر عنه في القوانين الوضعية بالتعويض تجاوزًا؛ لأن معنى الضمان في التشريع السماوي إلزام محدث الضرر بنتيجة ما حصل فيقضي عليه بالمثل ، أو بالقيمة وهو التعويض [2] .

والضرر إما مادي وإما أدبي ؛ فالضرر المادي أن يتعدى شخص على ملكي فيتلفه كلًّا أو بعضًا . والضرر الأدبي أن يلحق بي أذى يمسني في اعتباري كشخص في الحياة له اعتبار محترم ، مثلًا كتحقيري بين أمثالي بسب أو شتم أو صفع أو إلصاق تهمة حتى لو كانت صحيحة لو سمعها الناس ينقص اعتباري في نظرهم . وهنا فرق التشريع الإسلامي بين الضرر المادي والضرر الأدبي .

1 - الضرر المادي ، الضرر المادي الذي يحصل للشخص إما أن يكون في ماله فيذهبه كلًّا أو بعضًا أخذًا أو إتلافًا ، وإما أن يكون في جسده فيذهب به كلًّا أو بعضًا أو يلحق به أذى كصفع وضرب . فالذي يتلف المال إما يأخذه [3] :

( 1 ) قوة وقهرًا .  ( 2 ) أو يأخذه خلسة .

---

= ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 55 ) .

(1) يقول الدردير الشرح الصغير جـ 3 ص 236 : وحافر بئر تعديًا بأن حفرها في طريق الناس أو في ملك غيره بلا إذن أو في ملكه بقصد الضرر فتردى فيها شيء فإنه يضمن أما في ملكه بلا قصد ضرر أو في الموات كذلك فهدر ، ويلاحظ اشتراطه قصد الإضرار للضمان في الفعل الضار الذي يحدثه الشخص في ملكه .

(2) يقول ابن رشد المغصوب مضمون على الغاصب برد عينه أو مثله إن كان من المثليات وتعذر رد عينه أو قيمته إن من القيميات . وقد بنيت في ضمان العدوان مراعاة الفقه الإسلامي لما توجبه العدالة المطلقة ، بخلاف القوانين التي اتجهت إلى إيجاب القيمة من أول الأمر يوم الغصب . بداية المجتهد جـ 2 ص 318 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 236 .

(3) يقول الدردير عن الغصب : وحرمته معلومة من الدين بالضرورة ، ولكن لم يرد فيه حد مخصوص ، وأدب غاصب مميز ولو صبيا بما يراه الحاكم لحق الله ، ولو عفا عنه المغصوب منه بضرب أو سجن أو هما أو مع نفي . الشرح الصغير جـ 3 ص 234 .

( 3 ) أو يأخذه غشًا وخداعًا ؛ فالأول الغصب [1] ، وحكمه : أن يفعل به الإمام ما يراه رادعًا له من ضرب وسجن وتعزير وتغريب إلخ [2] ، والثاني السرقة [3] وحكمها : قطع اليد ثم الرجل ثم اليد إلخ ، والثالث الذي يأكل أموال الناس بالباطل ، ويستعمل طرق النصب والاحتيال أو يشهد زورًا بكِرَاء إلخ ، وحكمه : أن يعزره الإمام أو الحاكم كما يرى ، و له بيع ماله وإخراجه من بلده وضربه وسجنه إلخ .

وأما الذي يلحق الضرر بالجسم فإما أن يذهبه كلًّا أو بعضًا ، أو يلحق به أذى من ضرب أو صفع .

**فالأول** : القاتل ، وعليه القصاص في عنقه إن كان القتل عمدًا عدوانًا ، و إن كان القتل خطأ ففيه الدية [4] .

**والثاني** : الجناية على الأطراف ؛ يد ، رجل ، إصبع إلخ ففيها القصاص يدًا بيد وسنًّا بسن ورجلًا برجل ، متى كان الفعل عمدًا عدوانًا . وإن كان خطأ فلكل جارحة حكم يعلم من كتاب الجنايات فارجع إليه إن شئت .

**والثالث** : هو ضرب سوط أو ضرب بعصًا أو صفع على قفًا إلخ أو أي إيذاء بوجه ما فليس في ذلك حد مقرر ، بل فيه تعزير الإمام أي الحاكم ، فينظر لاعتبار المعتدي والمعتدى عليه والفعل ، فيحبس ويضرب ويطرد ويعرى الرأس ، ويضرب بسوط ونحوه وينفيه ويخرجه من الحارة في إيذاء الجار بل ويبيع ملكه عليه

---

(1) الغصب عند المالكية كما تقدم هو أخذ المال قهرًا تعديًا بلا حرابة . ( الشرح الصغير 243/3 ) .

(2) وأدب غاصب مميز ، ولو صبيًا بما يراه الحاكم لحق الله ، ولو عفا عنه المغصوب بضرب أو سجن أو هما أو نفي . الشرح الصغير ( 234/4 ) .

(3) السرقة : اخذ مكلف نصابًا فأكثر من مال محترم لغيره بلا شبهة على وجه الخفية والاستسرار . وإنما تجب العقوبة في الغصب والسرقة مع الضمان . والفرق بين العقوبة والضمان فيما بينه الفقهاء أن القصد من العقوبة الردع والزجر على حين أن القصد من الضمان هو الجبر للضرر . الشرح الصغير ( 130/4 ) .

(4) يقول ابن رشد الجنايات التي لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء ، وهو المسمى قتلا وجرحًا ، وجنايات على الفروج ، وهو المسمى زنى وسفاحًا ، وجنايات على الأموال ، وهي ما كان مأخوذًا بحرب فهي حرابة إذا كان بغير تأويل وإذا كان بتأويل سمي بغيًا ، وإن كان مغافلة سمي سرقة ، وإن كان بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا ، وجنايات على الأعراض وهو المسمى قذفًا .
بداية المجتهد جـ 2 ص 395 .

كالمزورين مثلًا إلخ .

وقد يكون تعزير الإمام بغير ذلك كإتلاف مال الغاش عليه إذا كان يسيرًا كإراقة اللبن على من غشه .

ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعًا . وما روي عن الإمام أبي يوسف [1] صاحب أبي حنيفة من أنه جوز للسلطان التعزير بأخذ المال فمعناه كما قال البزازي من أئمة الحنفية : أن يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه ، لا أنه يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الناس ؛ إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي كشراء أو هبة [2] .

فعلى هذا إذا نالني ما أكره من أحد الناس خصوصًا الأغنياء فصفعني قلمًا على ملأ فرفعت أمره للقاضي فحكم عليه بـ 100 قرش صاغ غرامة يكون مخالفًا للتشريع السماوي ، والواجب التعزير بضربه أو سجنه ، يعني إيصال الأذى لجسمه ليذوق وبال أمره ، ويعلم أن الألم مُمِضٌّ ، وما كان ينبغي له أن يفعل [3] ؛ ولهذه

(1) أبو يوسف : قاضي القضاة ، أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن السعد بن بجير بن معاوية الأنصاري الكوفي .

مولد أبي يوسف في سنة ثلاث عشرة ومائة ، وكان أبوه فقيرًا ، له حانوت ضعيف ، ومات فأسلمته أمه قصارا ليعمل عنده بما يعينها على معاشه ، فتعهده أبو حنيفة بالنفقة حتى يتفرغ لتعلم الفقه . وتوفى سنة 182 هـ .

ترجمته : « تذكرة الحفاظ » للذهبي 292/1 ، « المغني في الضعفاء » 756/2 ، الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 707/7 .

(2) لا يضمن المستأجر والمستعير ما ينشأ من ضرر للمعار والمأجور بالفعل المأذون له فيه أو ما يماثله ، كأن استعارها ليركبها لمكان كذا فركبها إليه من هو مثله ، أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح ؛ إذ القاعدة في الفقه أن الإذن ينافي الضمان . وأما الذهاب بها مسافة أبعد مما استعارها لها فلا يجوز ، ويضمن إن عطبت كالإجارة . الشرح الصغير جـ 3 ص 232 ولا يسلم ما ادعاه المؤلف من الإجماع على المنع من التعزير بأخذ المال . وقد حكى فيه الخلاف سيد صديق حسن خان في ظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي ص 150 وما بعدها ، وانتهى إلى ترجيح تقييد استعمال هذه العقوبة في قضايا خاصة ووردت في السنة المطهرة . ومن الواضح أن الذين منعوا الحكم بهذه العقوبة إنما كان قصدهم منع الحكام من التجرؤ على أموال الناس وأخذها بالحق والباطل ، فإذا انتفى هذا المانع بقي الأمر على الأصل الذي بينته السنة ، وهو جواز أخذ المال من الجاني عقوبة له .

(3) تقدم أن هذا مما قد لا يسلم للمؤلف ؛ ففي هذا المثال بعينه قد تجب العقوبة على الصفع أو الضرب بالعقوبات الرادعة للجاني عن ارتكاب مثل هذه الجناية . غير أنه قد يجب عليه أمر آخر إزاء الألم النفسي أو المعنوي الذي لحق بالمجني عليه ، وهو ما يسميه أبو يوسف « أرش الألم » ولما كان الأرش تعويضًا غير مقدر ويتوقف على الظروف الخاصة بالجاني والمجني عليه فإنه يترك للقاضي تقدير ذلك طبقًا لما جاء في المواد 171 مصري و 185 مشروع المدني =

الأحكام غير الرادعة تمادى الأشرار في إلحاق الأذى بالأشراف وأهل الفضل ، والذين يترفعون عن مجاراتهم في مضمار الشر ، بل كانت هذه الأحكام حافزة لملاقاة التعدي بمثله بل والأخذ بالثأر بدعوى أن حكم المحكمة غرامة ثم يقول : (آخذ حقي بيدي وأخيرًا أدفع غرامة ) ؛ هذا ما جره علينا تقليدُ الغربيين الأعمى وتركُ تشريعنا الحكيم وهديه المستقيم ؛ ولهذا اكتظت المحاكم بدعوى المضاربات والتعدي . وفي الغالب يحكم على الضارب والمضروب بغرامة لخزانة الدولة ، فما هذا ؟ أليس المراد بالمحاكم والقضاء إقامة العدل بين الناس ؟ أليس المراد بالأحكام في مواد التعدي والضرب والسب ردع الجاني واعتبار الناس ؟ ولكن للأسف الشديد تسمع من عامة الناس ( آيه يعني أنا أعطيه علقة زي كيفي وأدفع غرامة جنيه ) ، وهكذا كثرت الفوضى والتعدي [1] .

أخيرًا للّه في خلقه شئون ، أرشد اللّه المتشرعين إلى هذه الأحكام الشرعية التي بها يحفظ الأمن والنظام .

2 - الضرر الأدبي : وهو كل ما يلحق الشخص من تحقير في اعتباره بين الناس بسب أو إلصاق تهم به ، لو صحت للزم احتقاره . فإن كانت هذه الأضرار الأدبية من قبيل القذف [2] ففيها حد القذف كما يقول شخص لآخر ( يا زان يا عاهر ، يا ابن الزنا ، يا علق ، يا مخنث ، إلخ ) والحد جلد القاذف ثمانين جلدة [3] ، وإن كان الضرر الأدبي من ألفاظ لا قذف فيها ففيها الأدب كما يقول

---

= طبقًا لأحكام الشريعة ، و209 عراقي و 269 أردني و 246 كويتي والقاعدة في الفقه أن الضرر يزال .

(1) ليس من المسلم به هذا الربط بين كثرة الفوضى والتعدي وبين العقوبة بالغرامة ، لكنها قد تكون غير رادعة أحيانًا ، شأنها شأن غيرها من العقوبات . ومع هذا فإن الذي يناقشه المؤلف هو قضية تعويض الضرر الواقع على المجني عليه ، لجبر هذا الضرر وتطييب نفسه .

والقاعدة الفقهية أن الضرر يزال ، وهو مفهوم الحديث النبوي القاضي بأنه لا ضرر ولا ضرار ، وهو ما تضمنه القانون المدني العراقي في مادته 216 ونصها :

1 - لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم .

2 - فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل إتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنًا للآخر ما أتلف .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 219 ) .

(2) القذف : . هو رمي مكلف ، ولو كافرًا حرًا مسلمًا بنفي نسب عن أب ، أو جد أو بزنًا ... الشرح الصغير (127/4) .

(3) لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ .

شخص لآخر (يا فاجر ، يا حمار ، يا ابن النصراني ، أو اليهودي ، يا ابن الكلب ، إلخ ) والأدب كما يراه الحاكم في مثل هذا .

وهذا حق شخصي يقوم به المتضرر أو ورثته من بعده بعد الوفاة ؛ لأنه ألحق بمورثهم ما أساء إليه ، ولمن بعده . بهذه الأحكام والحدود تصان الكرامة ، ويأمن كل شخص على كيانه وعلى ماله وعلى اعتباره ، وليس من الكرامة أن يقبل امرؤ نظير تحقيره قليلًا من المال إما له أو لخزانة الدولة ، فيجب الرجوع لأحكام الشرع الإلهي والدين القويم (1) .

ويشترط فقط تحقق الضرر بالفعل ، وأن يكون الفاعل غير مكره إكراهًا فعليًّا بما أذهب إرادته واختياره . والضمان للضرر يكون عن إهمال أو عدم تعقل أو طيش في العمل أو عدم تعهدٍ مثلًا للأمانة .

---

(1) يجب الالتفات إلى أن العقوبة على القذف في أحوال خاصة وبشروط معينة ينبغي ألا تكون مانعًا من القضاء بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ من جراء السب أو القذف .

وقد تناولت المادة 222 مدني مصري الإشارة إلى الأضرار الأدبية التي يعوض عنها ، ونصها :

1 - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضًا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلي الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

2 - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلي الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب .

وهو ما جاء المادة 205 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك . فكل تعد علي الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولًا عن التعويض .

2 - ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب .

3 - ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلي الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي » .

ويقابله المادة 267 من التقنين الأردني والمادة 205 من التقنين العراقي .

والمادة 231 من التقنين الكويتي .

ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي القاضية بأن الضرر يزال ( م 20 من المجلة ) ، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان ( م 31 من المجلة ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 62 ) .

## بند [ 113 ] تجاوز استعمال الحق

**القانون الفرنسي** : نظرية تجاوز استعمال الحق هي أن يتجاوز الشخص حد استعمال حقه فينتج عن ذلك ضرر للغير ، فيجب عليه تعويض ذلك الضرر . وهذه النظرية ليس لها نص في القانون ، لكنها تأكدت من المتشرعين وطبقت في كثير من الأحوال في [1] المحاكم .

ويوجد تجاوز في استعمال الحق حينما يستعمل شخص حقه لسبب شرعي ، فيتجاوز حدَّ حقه النهائي في الاستعمال فيكون ضد النظام العام .

والفرق بين التجاوز في استعمال الحق وعدم وجود الحق ظاهر؛ لأن تجاوز الحق يقتضي وجوده ، وإن تجاوز الحق لا يقتضي التعويض لذاته بل بما ينشأ عنه من ضرر للغير ، بينما أن عدم وجود الحق يقتضي التعويض ، ولو مع عدم وجود الضرر . مثال ذلك : أردت حفر بئر في ملكي قريبًا من بئر جاري فجف بئر جاري ، وتحول الماء لبئري فقد استعملت حقي ، فإن كنت في حاجة حقيقية للماء فلا شيء عليَّ ، وإن كنت لست في حاجة إليها فقد تجاوزت حق الاستعمال في الملكية ، واستحق جاري التعويض ، وكحاجز على أملاك غريمه أضعافًا مضاعفة أزيد من دينه ، أو منفذ عقدًا محددًا بوقت قبل حلوله .

### النتائج القانونية المترتبة على الضرر المدني :

وضع القانون قاعدة عامة للتطبيق ، وهي ( كل ضرر مدني يلزم موجده بإصلاح ما نتج عنه من خسارة ) . وهذه قاعدة مهمة سواء نظريًا أو عمليًا ؛ لأنها تؤكد المسئولية البشرية في حقل القانون كما أكدتها الأدبيات في الاعتقاد ؛ ولأنها كثيرة التطبيق عمليًا أمام المحاكم كل يوم ، وإصلاح ما نتج من الضرر يتحقق في دفع مبلغ من المال كتعويض لما أصاب المتضرر ، والمحاكم تقدر كل حالة حسب ما ترى . ومع ذلك قد يكون التعويض مدنيًا كنشر الحكم في صحيفة أو طلب مبلغ صغير جدًا ، ويراعى في حكم التعويض علاوة على الضرر ما فوت عليه من المنافع .

---

(1) في الأصل : [ من ] .

**الفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي أو ( الجنحة المدنية والجنحة الجنائية ) :**

الضرر الجنائي هو فعل يلحق ضررًا بالهيئة الاجتماعية ، والذي يعاقب عليه جسمانيًا أو ماليًا ، والعلاقة بينهما أنه قد يتفق لفعل واحد فيه ضرر مدني وضرر جنائي متى كان غير قانوني كالسرقة وخيانة الأمانة والسب العلني والضرب والجرح إلخ ، وقد يوجد الضرر الجنائي كالشروع في جناية فلا ضرر مدنيًا ، وغالبًا يكون الضرر المدني بلا ضرر جنائي كإخفاء سندات مالية في ميراث من أحد الورثة والغش والإكراه في العقود ، والفرق بينهما ما يأتي ، ولكن متى وجد فعل فيه ضرر مادي وضرر جنائي فإن القواعد الخاصة بالجنائي هي التي تستعمل أولًا فالفرق :

**أولًا** – في اختصاص المحاكم : الضرر الجنائي ينظر أمام المحاكم التأديبية ( الجنح والجنايات ) ، والضرر المدني ينظر أمام المحاكم المدنية ، ومتى كان الفعل المعاقب عليه قد سبب ضررًا مدنيًا وجنائيًا فالمجني عليه بالخيار : إما أن يطلب تعويض الضرر أمام المحاكم المدنية ، فينتظر حتى يقضى جنائيًا ، وإما أن يدعي مدنيًا تابعًا للحق العام أمام المحاكم التأديبية ، فيقضى له تبعًا للحكم الجنائي .

**ثانيًا** – بالنظر إلى سقوط الحق بمضي المدة : فتسقط المدة في الجنائي الحق العام بمضي عشر سنوات في الجناية وثلاث سنوات في الجنحة وسنة في المخالفة . وأما في الحق المدني فلا يسقط إلا بمضي ثلاثين سنة . ومع ذلك لو اتحد الفعل المحدث للضرر فإن الدعوى بالمدني تسقط في نفس الوقت الذي يسقط فيه الجنائي ، ولا يمنع هذا من استرداد الشيء المسروق المختلس في مدة ثلاثين سنة .

**ثالثًا** – بالنظر لمسئولية الورثة : يجب عليهم التعويض عن خطأ مورثهم الذي سبب ضررًا ماليًا ، ولكن لا يتحاكمون جنائيًا بدله .

**رابعًا** – الأحكام الصادرة في الجنائي : مضمونة بتضامن المحكوم عليهم ، وبالتنفيذ الجسماني . ويتأثر التعويض المدني أيضًا بهذه الضمانة المضاعفة مادام نفس الفعل كوّن الضررين . و مع ذلك فإذا كان حكم التعويض المدني صادرًا على أكثر من واحد فالمتشرعون يعتبرونهم ضامنين متضامنين [1] .

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 314 : 316 .

## بند [ 114 ] نظرية تجاوز استعمال الحق

**التشريع الإسلامي** : تجاوز استعمال الحق يلزم الفاعل بتعويض نظير هذا التجاوز ، وهو حق مقرر في التشريع الإسلامي منذ وجوده . وهو دليل قاطع على استمداد التشريع الوضعي من التشريع الإسلامي بالرغم من عدم التصريح حتى باسمه . ويتحقق تجاوز استعمال الحق في كل شخص يملك منفعة شيء مملوك للغير ، أو استعمل حقه بما أضر به غيره ، ولو استعمل حقه في ملكه برفق لما حصل الضرر ، وذلك كالمستأجر والمستعير و الموهوب له المنفعة .

وهذه النظرية ترجع إلى إلحاق الضرر بالغير ؛ لأن من تجاوز حد استعمال حقه فقد [1] أضر بالغير ، وهو المالك للعين المستعملة ، ومن استعمل حقه في ملك نفسه متجاوزًا العرف و العادة فَلَحِق جاره ضررٌ من هذا التجاوز فقد أضر بالغير . و من ألحق ضررًا بالغير وجب عليه تعويضه . ويفرض التشريع الإسلامي أن هناك حقًّا وأن هناك تجاوزًا ، في استعمال هذا الحق [2] عرفًا وعادة ؛ فالمستأجر لأرض للزراعة

(1) قاعدة : من تجاوز حد استعمال حقه فقد أضر بالغير .

(2) تناولت المادة 5 من القانون المدني المصري أحكام التعسف في استعمال الحق ، ونصها :
يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :
( أ ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .
( ب ) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .
( جـ ) إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها غير مشروعة .
والأمر يتعلق في هذا المقام بنظرية التعسف في استعمال الحق . وهي نظرية لها كيانها المستقل ، حيث تتناول صورة متميزة للخطأ ، هي انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق ، أي الغرض الذي تقرر الحق من أجله . وهذا معيار شخص مادي ، يزن استعمال الحق في ضوء الدافع الشخصي لصاحبه والغرض الاجتماعي له في وقت واحد . فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعًا ، وإلا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير من التعسف فيه . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقًا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها .
ومن ثم فهذا معيار عام للتعسف ينبسط علي جميع الحقوق أيًّا كان نوعها ويمتد إلي جميع فروع القانون .
ولقد ظفرت نظرية التعسف في استعمال الحق بعناية فائقة في الفقه الإسلامي ، حيث صاغها هذا الفقه صياغة لم يسبقه إليها فقه آخر .

=

له الحق في استعمال العين المؤجرة حسب العرف و العادة لما تراد له . فإن كانت تزرع في السنة مرتين لتستريح من إجهادها فزرعها ثلاثًا ، فإذا أخذها ربها في السنة التالية ظهرت نتيجة ضعفها ، وعدم وجود كمية من الغاز الكافي للإنبات ، وكان العرف زرعها مرتين وتركها فترة بينهما لتتخللها الشمس والهواء فيزداد خصبها ، فكان بذلك المستأجر متجاوزاُ استعمال حقه بالرفق والعادة فهو ملزم بتعويض المالك عن ذلك .

وأما المستعير فقال الإمام مالك : إنه إذا استعمل العين المستعارة استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال يعني الزائد [1] ، وكذلك الموهوب له .

= فهي تقوم علي الأسس الإسلامية في تقرير الحقوق . ذلك أن شرع الحقوق في الشريعة الإسلامية إنما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الإنسان . فهو يقوم علي مبادئ الأخلاق الإسلامية الفاضلة التي جاء بها الدين من العدل والمساواة والإحسان واتباع المعروف وتجنب الطغيان والجور والفساد ، وعلي عدد من القواعد الشرعية التي أقرتها الشريعة لتحقيق هذا الغرض . فهي تعد تطبيقًا لمقاصد الشارع التي أخذت من عدة نصوص وجملة أدلة تفيد القطع . ومن هذه المقاصد الكلية القطعية أن قصد المكلف في العمل يجب أن يوافق قصد الشارع . وقد فصل الإمام الشاطبي هذه النظرية في الجزء الثاني من الموافقات ، وهو كتاب المقاصد ، حيث عرض لبيان قصد الشارع في وضع الشريعة ومقاصد المكلف في التكليف وأورد تطبيقات عديدة تجمع بين المعيارين الشخصي والموضوعي . ( راجع الموافقات جـ 2 القسم الثاني المسألة الخامسة : تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ) .

وحينما أراد المشرع أن يورد في التقنين المدني الحالي لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرًا مما ورد في الفقه الإسلامي . ( محمود فتحي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية . علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية . المجلة م 19 و 26 و 27 و 28 و 29 ) .

وقد تناولت المادة 37 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية معايير التعسف في استعمال الحق وآثاره على نحو أكثر استيعابًا وأقرب إلى ما قرره الشاطبي في موافقاته وإلى قواعد الفقد الإسلامي ومصطلحاته . ويقترب ما قررته هذه المادة مما جاء في المادة 66 مدني أردني .

وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد في الفقه الإسلامي يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة ، كمنع اختزان السلع تجنبًا لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح .
على أن هذه مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 10 ، 11 ) .

(1) المستعير يفعل بالعارية ما أُذِنَ له في فعله ... ولا يجوز له أن يفعل بها أضرَّ مما استعارها له ، فإنه يضمنها حينئذ إذا عطبت . ( الخرشي على مختصر خليل 125/6 ) .

وأما استعمال المالك لملكه وتجاوزه الحدود المألوفة عادة فإنه يضمن ما نتج من تجاوزه حدود الاستعمال ، وذلك مصداق الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار » (1) ، فلا تضر أحدًا ولا يضرك أحد وإن كان في استعمال حقك .

فلو زرع مالكٌ أرضه أرزًا ، وهو يحتاج لوجود الماء فيه دائمًا ، وكانت الأرض لا تراد للأرز ؛ لأنه لا يزرع غالبًا إلا في الأرض الضعيفة لإصلاحها ، ولضرورة وجود الماء دائمًا في أرض الأرز نشعت في أرض جاره فشُلَّ زرعه ؛ لأن الزارع لم يترك جيرة بين الأرضين ( والجيرة في العرف ترك مسافة أربعة أمتار مثلًا أو اثنين أو واحد حسب قوة الأرض وضعفها وطبيعتها من رملية وسوداوية إلخ بدون زرع لإبعاد الماء عن الجار قدر المستطاع وعلى الجار تعويضه لذلك ) ، أو لم يحفر مصرفًا ليمنع سريان الماء في أرض جاره فيأخذ نشع الأرز إلى المصرف العام ، فمتى تحقق الضرر وجب الضمان لما تلف ، وإنه وإن كان مستعملًا حقًّا شرعيًّا في ملكه إلا أنه مُلزم بعدم الضرر ؛ فلو كانت العادة أن يزرع المجاورون أرزًا جميعًا اتقاء لعدم الضرر ، وخالف واحد ولم يزرع أرزًا بل حبوبًا أخرى فلو تضرر زرعه فلا ضمان ، لأنه هو الذي جلب الضرر لنفسه ، إلا أن يكون الزارع قصر في نزح مصرف مثلاً فهو متعمد الضرر (2) .

ولو أن الجار قد استعمل حقه في ربط دوابه بجوار الحائط المشترك فتآكَلَ الجدار ، وسقط فهو ضامن لما لحق الجار من الضرر؛ لأنه تجاوز حد الاستعمال في ملكه بما ألحق الضرر بالجار فاستعمال الحق المطلق على الملكية حق مقرر شرعًا إلا إذا لحق الغير ضرر من ذلك ، فعلى من تجاوز حق الاستعمال تعويض ما نشأ من هذا الضرر مقدرًا بقدره .

وأما مسألة البئر فإنها تختلف في إحياء الموات وفي المدن أو الأرض العامرة .

(1) الحديث في سنن ابن ماجه ، كتاب الأحكام رقم ( 3331 ) والموطأ ، كتاب المكاتب ، باب ما لا يجوز من عتق المكاتب ، ومسند أحمد ، مسند بني هاشم ، رقم ( 2719 ) .

(2) عن حريم البئر يقول الدردير : فإذا عمر جماعة بلدًا اختصوا بها وبحريمها ، وحريمها : ما يمكن الاحتطاب منه والمرعي فيه على العادة من الذهاب والإياب مع مرعاة المصلحة والانتفاع بالحطب وحلب الدواب ، ونحو ذلك غدوًّا ورواحًا في اليوم فيختصون به ، ولهم منع غيرهم منه ، ولا يختص به بعضهم دون بعض ؛ لأنه مباح للجميع . ومن أتى منهم بحطب منه أو حشيش أو نحو ذلك ملكه وحده ، وبين حريم البئر بقوله وما يضيف على وارد لشرب أو سقي ويضر بماء لو حفرت بئر أخرى . الشرح الصغير جـ 3 ص 333 .

ففي إحياء الموات ( يعني إحياء الأرض الخربة ) لا يجوز لأحد أن يعتدي على حريم البئر وحرمه [1] ، وهو ما يضيق على وارده لشرب أو سقي ، ويضر بمائه لو حفرت بئر أخرى ، يعنى ما يتصل بالبئر من الأرض ويضر بالماء كحفر بئر أخرى يُنَشِّف ماءها أو يُذهبه أو يُغيره بطرح نجاسة يصل إليه وسخها ، ولا ظاهرًا كبناء وغرس ؛ فمن فعل شيئًا من هذا فلرب البئر مقاضاته ، وعلى القاضي منعه متى تحقق أن فعله أضر بالبئر من هذه النواحي ، وعلى المعتدي تعويض صاحب البئر متى حصل له ضرر من هذا التعدي ، وهذا بئر الزرع والماشية .

وأما بئر الشرب فحرمه ما لا يضر بالماء ؛ فيمنع الجار من حفر بئر ينشف ماء بئر جاره أو يذهبه ، أو حفرِ مرحاض تطرح النجاسات فيه يصل إليه وسخها .

وأما الحاجز على أملاك خصمه بأزيد من حقه زيادة ظاهرة متعنتًا ، فيمنع من ذلك قطعًا . فإن نتج عن ذلك ضرر مادي كأن عين حارسًا من قبله وضع يده على المحجوز عليه أو نقل الحجوز عليه حتى يباع في اليوم المحدد ثم تلف بعض المحجوز عليه ضمن بلا نزاع هذا الحاجز ؛ لأنه متعنت . أما الاتفاق المحدد له يوم لنفاذه فليس له حق في نفاذه وللمتعاقد معه الامتناع عن التنفيذ .

## النتائج الشرعية المترتبة على الضرر :

يترتب على الضرر وجوب الضمان لمثل المثلي ولقيمة المقوم يوم حصول الضرر ، أو ضمان الفرق بين قيمة ما وقع عليه الضرر سليمًا ، وقيمته معيبًا . فلو اكتري شخص دابة لركوبها إلى ناحية معينة فزاد عليها إلى جهة أخرى ، أو أردف خلفه آخر فعطبت الدابة في المسألتين فرب الدابة مخيَّر في أخذ قيمتها وتركها للمعتدي ، أو أخذ قيمة ما أنقصها هذا العطب ، كأن كانت تساوي 5 جنيهات ، سليمة فلما تعدى عليها ومسها خرم أو دبر أصبحت تساوي 3 جنيهات أخذ جنيهين والدابة ، أو أخذ الخمس جنيهات .

فالقاعدة العامة أن كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر [2] حسب

---

(1) قال عياض : حريم البئر ما يتصل بها من الأرض التي من حقها ألا يحدث فيها ما يضر بها . الشرح الصغير ( 333/3 ) .

(2) قاعدة : كل من تسبب في ضرر ضمن هذا الضرر .

الأصول الشرعية في التضمين [1] . وقد يمكن إصلاح الضرر بدفع مبلغ من المال ، كما إذا كان الضرر ماليًا بغير قصد ، وقد لا يمكن إصلاحه بدفع مبلغ من المال كمن ضرب غيره قلمًا على ملأ من الناس ، فإصلاحه التعزير بضربه أو سجنه أو التنكيل به كما يرى الحاكم ، فللقاضي تقدير كل حالة وحدها بظروفها .

وقد يرى القاضي أن الضرب لا يفيد فيسجن ، أو السجن لا يفيد فيُشهر به ، وبهذا لا يعود إلى عمله الضار بالناس [2] .

والفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي أن الضرر المدني ما يصح جبره بالمثل أو القيمة أو تعويضه بقيمة الخسارة والتلف ، ويصح فيه العفو من المتضرر . والضرر الجنائي : وهو إصابة النفس كلا أو بعضًا بأذى ففيه القصاص إن كان عمدًا ، أو الدية إن كان خطأ . والأمر في تنفيذ ذلك موكول للحاكم ، وقد يجتمع الأمران كسارق قتل بهيمة أثناء هربه ، وينفردان كل على حدة [3] .

وكل ما كان فيه ضرر بالهيئة الاجتماعية كالاعتداء على النفس أو الاعتداء على المال كالسرقة والاختلاس والسب العلني والضرب والجرح والقتل ففيها حق الله لا يصح السماح فيه لأحد ، وكذا بقية الحدود كالزنا والشرب والحرابة إلخ .

وأما إخفاء سندات مالية في ميراث من أحد الورثة فإن أخذها من حرز مثلها

(1) القاعدة الفقهية أن الضرر يزال ، وإنما تكون إزالة الضرر الذي يتسبب فيه أحد في مال غيره أو بدنه بإلزامه بضمان هذا الضرر ، وهذا هو ما تناولته المادة 363 ، 164 مدني مصري ، و المادة 186 من التقنين العراقي وهي : م 186 : 1 – إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببًا يكون ضامنًا ، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى » .

والمادة 227 في التقنين الكويتي وهي :

1 – كل من أحدث بخطئه ضررا بغيره يلتزم بتعويضه ، سواء كان في إحداثه الضرر مباشرًا أو متسببًا .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 54 ) .

(2) تتنوع الجزاءات المقررة على الإضرار بالغير في الفقه الإسلامي ؛ فبعض هذه الأجزية بالعقوبة التي تهدف إلى الزجر ، وبعضها الآخر بالضمان ، وهو يهدف إلى الجبر للضرر . وقد ناقش الفقهاء المسلمون هذين النوعين من الجزاءات تحت عنوان الزواجر ( العقوبات ) والجوابر ( الضمانات ) ، وهو ما يستقيم مع مقاصد الشريعة في إزالة الضرر ( م 30 عدلية ) ودفعه قدر الإمكان ( م 31 عدلية ) .

(3) قسم ابن رشد الجنايات التي لها حد إلى أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء ، وعلى الفروج وعلى الأموال وعلى الأعراض . راجع تفصيل ذلك في بداية المجتهد جـ 2 ص 394 .

فهو سارق بالنسبة لما يستحقه فيها الورثة ، ولكن لا حد عليه للشبهة . والغش والإكراه في العقود المدنية حق خاص لمن وقع عليه الغش والإكراه .

وأما الفرق المذكور في التشريع الوضعي في اختصاص المحاكم ، وسقوط الحق بمضي المدة ومسئولية الورثة وضمان الأحكام الصادرة في الجنائي فإن بعضها من نظام القضاء ، وبعضها مذكور في موضعه فلا داعي للتكرار .

## بند [ 115 ] الأعمال المشبهة للضرر المدني

**القانون الفرنسي** : وهو كل عمل غير قانوني مضر منسوب لفاعله حدث بدون نية الإضرار بالغير .

والفرق بينه وبين الضرر المدني أو ( الجنحة المدنية ) هو أن الضرر المدني يفرض فيه نية الإضرار بالغير ، وهنا يفرض فيه الإهمال وعدم الاحتياط غير الممكن السماح فيه .

والنتيجة القانونية هي وجوب إصلاح الضرر الناتج عن الفعل إصلاحًا كليًا ، ولا اختلاف في النتيجة بين الجنحة المدنية وما يشبهها في هذا [1] .

## بند [ 116 ] الأعمال المشبهة للضرر المدني

**التشريع الإسلامي** : سبق الكلام على الضرر من حيث هو العمد والسهو والخطأ من حيث وجوب الضمان متى تحقق الضرر . والكلام في إضرار النفس كلًّا أو بعضًا . فالضمان منوط بالضرر . متى تحقق الضرر بشروطه تحقق الضمان فلا داعي لكثرة الكلام [2] في قاعدة مقررة ، وهي تعويض الضرر على من تسبب فيه [3] .

## بند [ 117 ] المسئولية المدنية

**القانون الفرنسي** : المسئولية المدنية هي التزامات يفرضها القانون على بعض الأشخاص

---

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول 314 : 316 .

(2) راجع في ذلك : الشرح الصغير جـ 4 ص 144 وما بعدها ، مواهب الجليل للحطاب جـ 5 ص 96 ، وما بعدها التاج والإكليل جـ 5 ص 69 وما بعدها .

(3) قاعدة : تعويض الضرر على من تسبب فيه . وقد جاء النص في الفقه الإسلامي على قاعدة شبيهة مؤداها أن الظالم أولى بالحمل عليه .

لإصلاح الأضرار المسبَّبة عن أشخاص آخرين أو حيوان أو مبان أو أي شيء غير متحرك .

والفرق بين المسئولية المدنية ، و ما يشبه الضرر المدني أن ما يشبه الضرر المدني يجب على من لحق به الضرر أن يثبت مسئولية الفاعل ، و أما المسئولية المدنية فلا تحتاج إلى إثبات ؛ لأن القانون فرض المسئولية وحددها .

أحوال المسئولية المدنية : تكون المسئولية المدنية في ثلاثة أحوال كما يؤخذ من تعريفها :

**أولًا** : المسئولية المدنية من عمل شخص آخر ، والقاعدة أن كل شخص وُضع قانونًا تحت تابعيه أو رئاسة شخص آخر فالمتبوع أو الرئيس مسئول عنه . وهم :

1 - الأب والأم بالنسبة لأولادهم القصر .

2 - معلمو المدارس ومعلمو المهن بالنسبة للتلاميذ والصبيان .

3 - السيد ووصي الحاكم بالنسبة للخادم والموصى عليه .

والمفهوم أن مسئولية الأب والأم ومعلمي المدارس ، و المهن ناتجة عن عدم ملاحظة أو إهمال ولذلك يمكنهم إثبات عدم تقصيرهم في ذلك ولا عقاب مدنيًا . وأما السيد والوصي فالمفهوم أن مسئوليتهما راجعة لعدم حسن الاختيار ، ولا يمكنهم الإفلات من هذه المسئولية [1] .

## مسئولية الأب والأم :

أصل المسئولية تقع على الأب مادام الولد تحت إمرته و إدارته ، فإن انتقل الحق للأم لأي سبب ، كموت الأب أو حرمانه من هذه الحقوق أو في الطلاق أو في الفراق ، وسلم الأولاد للأم فهي مسئولة قانونًا دون الأب . ولا يسأل الوصي عن يتيمه ، ويشترط في مسئولية الأب والأم شرطان :

1 - يجب كون الولد قاصرًا ، وفك الوصاية لا يقطع هذه المسئولية إلا إذا بلغ رشده وإلا إذا تزوجت أو تزوج .

2 - يجب كون الولد ساكنًا مع أبيه وأمه ، ومع ذلك فهو في حكم من يسكن معهما إذا ترك متشردًا ، أو أدخل مدرسة خارجية فهما فقط المسئولان عنه . فإن

---

(1) انظر : البنود من 1382 إلى 1386 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الرابع ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 314 : 316 .

أُدخل مدرسة داخلية أو في محل صناعة داخلي كذلك انتقلت المسئولية إلى المعلم .

**ثانيًا** : مسئولية المدرسين ومعلمي المهن : المدرسون في المدارس والمعلمون في الورش مسئولون عن الضرر الناتج من عمل التلاميذ والمتعلمين ما داموا تحت ملاحظة معلميهم .

ويستثنى من ذلك المدرسون العموميون في المدارس ؛ فإن الحكومة تحملت المسئولية بدلهم ، بمعنى أن القانون لا يفرض مسئوليتهم . لكن متى قام الدليل على أخطائهم فهم مسئولون ، يعني من ادعى مسئوليتهم فعليه الدليل .

وبما أن مسئولية الأب والأم والمدرس والمعلم مبنية على عدم ملاحظة من تحت مسئوليتهم ، فلو أقام هؤلاء الدليل على أنهم ما فرطوا في مراقبة الصغار فلا مسئولية عليهم .

الزوج ليس مسئولًا مدنيًا عن الضرر الناتج عن عمل زوجته .

**ثالثًا** : مسئولية السيد والمولى : السيد والمؤلَى مسئولان عن أخطاء خدمهم ، ومن تحت إمرتهم في مباشرة العمل المستخدمين فيه . ومسئولية هؤلاء ترتكز على عدم الاختيار الحسن ، فالقانون يفرض مسئولية السيد والمولى ، ولا يقبل منهم دليل الضد .

**رابعًا** : المسئولية المدنية لعمل الحيوان : مالك الحيوان ، ومن يستعمله – ما دام في استعماله – مسئول عن الضرر الذي يحدثه للغير ، سواء أكان الحيوان في حفظه أم شرد منه ، فليس المالك مسئولًا فقط بل المنتفع والمستعمل والمؤجر والمقترض .

مدى تطبيق هذه القاعدة : هذه القاعدة تطبق على الحيوانات المستأنسة والمتوحشة كحيوانات ( السرك ) وهو محل ترويض الوحوش لفرجة النظارة بأجر ، ونحل الخلايا . وتنقطع هذه المسئولية المدنية متى ثبت أن عمل الحيوان نتج عن قوة قاهرة ، أو من خطأ من وقع عليه الضرر .

**خامسًا** : المسئولية المدنية من عمل المساكن : مالك المنزل مسئول عما أحدثه منزله من الضرر للغير بسبب هدمه ، حيث نتج ذلك عن عدم عناية وتعهد بإصلاحه أو كان تصميم بنائه خطأ . والشرط الوحيد في المسئولية أن يثبت من لحقه الضرر أن هذا نتج عن عدم عناية أو خطأ في البناء .

**سادسًا** : مسئولية الجماد : نص القانون على أن الإنسان مسئول عن الضرر الناتج من الأشياء التي في حفظه .

بعد أن تكلم القانون على المسئولية من عمل الحيوان ومن المنزل رأى وضع قاعدة عامة لغير ذلك فوضع القاعدة السابقة ، وهي : كل ضرر نتج عن شيء لا حياة فيه فمن تحت يده هذا الشيء يعتبر مسئولاً عنه . ففرض القانون مسئولية لا يُفْلَت منها إلا أن أثبت أن الضرر حصل بعوامل قهرية أو عوامل خارجة عن إرادته فلا يكفي إثبات أنه لم يرتكب خطأ ولم يهمل .

ومع ذلك فقد استثنى الشيء المدار بيد الرجل كالأتومبيل ، فلا يفرض القانون المسئولية بل لابد من إثبات خطأ سائقه ممن لحقه الضرر لينال تعويض ضرره .

## شرح نظرية الخطأ المضاعف أو الخطئين :

بعد رأي المتشرعين الحديثين يلزم التفرقة بين خطئين : الخطأ الجنائي والخطأ التعاقدي .

فالخطأ الجنائي هو الناتج عن ضرر متسبب بدون حق بين الأشخاص الذين لا علاقة قانونية بينهم ، ولا تعاقد بأي التزام .

والخطأ التعاقدي هو أن مدينًا لم ينفذ ما تعاقد عليه مع دائنه بإخلاص وشرف . فالخطأ الجنائي كسائق سيارة مهمل صدم راكب دراجة فأوقعه ، وكسر دراجته فهناك خطأ جنائي ، والخطأ المدني كإعارة دراجة لشخص بعض الوقت فلم يحسن قيادتها فصدمها في حائط فكسرها فقد أخطأ التزامه المحافظة على العارية ، وهي الدراجة وإرجاعها سليمة ، فهناك خطأ تعاقدي .

## بند [ 118 ] المسئولية المدنية

**التشريع الإسلامي** : المسئولية المدنية هي ما يفرض على شخص ( ذكر أو أنثى ) من إصلاح ضرر فعله الشخص أو تسبب عن حيوان أو جماد تحت يد مالكه أو المنتفع به .

فيجب على من لحق به الضرر أن يثبت مسئولية الفاعل بإثبات التلف أو الخسارة ، ويثبت أن الفاعل لها المملوك لزيد من الناس ، ويثبت تقصير زيد في الحفظ أو الاحتفاظ أو التعهد إلخ .

والكلام في المسئولية المدنية في التشريع الإسلامي يرجع إلى أصول مقررة فيه .

**الأصل الأول** : إن كان كل شخص يعمل عملاً يضر بالغير فهو مسئول عنه ،

والمسئولية تكون مالية إذا كان الضرر ماليًا [1] أو مقدرًا بالمال [2] ، وتكون جنائية إذا

(1) لم يتوسع الفقهاء المسلمون في الأضرار الموجبة للتعويض ، وبخاصة علماء المذهب الحنفي الذين أوجبوا الضمان في الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال والأبدان ( الأروش المقدرة وغير المقدرة ) ، واستبعد علماء هذا المذهب المنافع من الأموال ، ولم يعتبروا العدوان عليها موجبًا للضمان . لكن متأخري هذا المذهب أوجبوا ضمان المنافع في حالات خاصة ، وذلك عندما يكون التعدي على منفعة بدن يتيم أو ماله أو منفعة ما أعد للاستغلال والاستثمار أو منفعة وقف . لكن المالكية أوجبوا الضمان في المنافع بتفويتها والإفادة منها دون فواتها ، وهلاكها دون استفادة منها . وطور الشافعية ذلك فأوجبوا ضمان منافع الأموال مطلقا ، لكنهم ترددوا في الحكم بضمان منافع الإنسان ، وهو التردد الذي نجده في الفقه الحنبلي كذلك . أما القوانين العربية الحديثة فقد أوجبت المسئولية عن الأضرار مطلقا ، سواء تعلقت بالأعيان أو بالمنافع أو بالبدن الإنساني ، وشملت الأضرار الأدبية وما يلحق المضرور من خسارة وما يفوته من كسب . وهو أقرب إلى عموم نفي الضرر الوارد في النصوص الشرعية . وهو ما نجده في المادة 70 من القانون المدني المصري ونصها : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقًا لأحكام المادتين 221 ، 222 مراعيا في ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينًا نهائيًا . فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير » .
وجاء في الفقرة الأولي من المادة 221 من هذا التقنين أن « التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » .
أما المادة 222 من هذا التقنين فتتناول التعويض عن الضرر الأدبي وهو ما تناولته المادة 207 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 – تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .
2 – ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان . ويجوز أن يشتمل الضمان علي الأجر .
وكذلك المادة 208 من هذا التقنين التي تنص علي أنه : « إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير » .
وتقابل المادة 266 من التقنين الأردني التي تطابق الفقرة الأولي من المادة 207 من التقنين العراقي . وكذلك المادة 268 من هذا التقنين التي تطابق المادة 208 من التقنين العراقي . وتقابل المادة 230 من مشروع التقنين الكويتي ، التي تنص علي ما يأتي :
1 – يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .
2 – وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي .
وكذلك المادة 247 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة . وقد يعد هذا كله تطبيقًا للقاعدة الشرعية التي يقول بها الفقه الإسلامي والتي تقضى بأن الضرر يزال ( م 20 من المجلة ) ، وأن الضرر يدفع بقر الإمكان ( م 31 من المجلة ) .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 61 ، 62 ) .
(2) تطبيقًا لقاعدة : من أتلف شيئًا فعليه إصلاحه أو رد قيمته .

كان الضرر لشخص الإنسان أو لجزء منه على ما بُيِّنَ في الجنايات ، والصغير والمجنون غير مسئولين جنائيًا في الحدود ، ولكنهما مسئولان جنائيًا في التعويضات المالية [1] .

**الأصل الثاني** : سبب الضمان إما قولي كضمنت متى كان القائل من أهل الالتزام .

وإما فعلي كإتلافه أموال الناس بغير حق . وإما تسببي كمن أغرى غيره على إتلاف مال الغير .

**الأصل الثالث** : تضمين الصغير والسفيه والمجنون في مالهم من قبيل خطاب الوضع لا من قبيل خطاب التكليف . والمقرر شرعًا أن العمد والخطأ في أموال الناس سواء في المسئولية المدنية ، فيضمن الأعمى والنائم ما أفسداه وهما على هذه الحالة .

**الأصل الرابع** : المسئولية المدنية تكون على من يصح أن يملك ؛ فالحر البالغ العاقل يملك ملكًا مطلقًا بلا قيد أو شرط ، والصبي يملك بواسطة وليه أو وصيه ، والمجنون والسفيه المحجور عليهما يملكان أيضًا بواسطة وليهما .

والرق ( العبد ) لا يملك لنفسه ، وإنما هو وما ملكت يداه ملك لسيده ؛ فهو أهل للتملك ، ولكن لا لنفسه فليس كالدواب والبيوت التي لا تملك ولا تملِّك .

فمسئولية العبد المالية في رقبته ، ومسئولية الحيوان والجماد المالية على مالكهما ، ولا يخلو حال الشخص المعتدي على ضوء هذه الأسس مما يأتي :

**أولًا** : الشخص المعتدي عاقل بالغ حر : وهذا القسم كامل المسئولية المالية ( المسئولية المدنية ) ، وكامل المسئولية الجنائية ، فلو أتلف شخص عاقل بالغ حر مال شخص آخر ، وجب عليه إصلاح ما أفسده من ماله ، فإن لم يكن له مال فهو في ذمته إلى أن يصبح غنيًا موسرًا فيؤدي ما وجب عليه ، عملًا بالنص ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [2] .

**ثانيًا** : الشخص المعتدي عاقل بالغ رقيق ( مملوك لسيده ) ومسئوليته المدنية في رقبته ، إما أن يدفع عنه سيده ما لزمه بسبب تعديه على أموال الناس ، وإما أن يبيعه الحاكم عند امتناع سيده عن افتدائه ، ويسدد ما أتلفه من أموال الناس إليهم؛ لأن العبد يستطيع أن يملك ، ولكن ملكه لسيده للحديث الشريف الذي معناه « العبد وما ملكت يمينه لسيده » ، فليس للعبد أن يتصرف فيما يملك إلا بإذن سيده .

---

(1) ليس الصغير من أهل العقوبات في الفقه الإسلامي ولكنه أهل للتأديب والضمانات .

(2) سورة البقرة آية رقم 280 .

**ثالثًا** : الشخص المعتدي حر عاقل غير مكلف ، ويشمل الصغير المميز . ومسئوليته المدنية في ماله إن كان له مال ، وإلا اتُّبع بها في ذمته لليسار ؛ لأن التشريع السماوي والوضعي قد اتفقا على جواز أن يملك الصغير ، ولو كان حملًا في بطن أمه ، ويباشر عقود التمليك وليه أو وصيه ، وما دام يصح له أن يملك فقد وجب عليه من قبيل خطاب الوضع تعويض ما أتلفه من أموال الناس .

و المنصوص عليه أنه لا خلاف في المذهب على أن جناية الصغير و المجنون على الأموال لازمة لماله وذمته (1) .

**رابعًا** : الشخص المعتدي حر غير عاقل ، ويشمل المجنون و الصغير غير المميز ،

---

(1) تناولت المادة 170 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حكم تضمين غير المميز ، وبينت وجوب تحميله الضمان في ماله إن كان له مال ، وإلا جاز للقاضي أن يلزم من هو مسئول عنه بمبلغ التعويض . وهو ما توجبه المادة 164 مدني مصري بتغيير يسير . وقد تناولت الموضوع ذاته المادة 191 مدني عراقي ، ونصها :

1 - إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله .

2 - وإذا تعذر الحصول علي التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبيًا غير مميز أو مجنونًا ، جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون له الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .

3 - عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم .

وقد أجملت المادة 216 من القانون المدني العراقي القواعد المنصوص عليها في الفقه الإسلامي لإيجاب الضمان ، وهي :

1 - لا ضرر ولا ضرار . والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم .

2 - فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل اتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنًا للآخر ما اتلف . ولو انخدع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها إلي غيره .

ويقابل ذلك في القانون المدني الأردني المواد التالية :

م 256 : « كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر » .

م 275 : « من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثليًا وقيمته إن كان قيميًا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين » .

م 278 : « إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله » .

وتقابلها في التقنين الكويتي المادة 227 التي تنص علي ما يأتي :

« يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 54 ) .

ومسئوليته المدنية في ماله إن كان له مال ويتبع بها في ذمته .

والمنصوص عليه أن الصغير يضمن ما أفسد في ماله ، و يتبع في ذمته بثمنه إن لم يأتمنه أحد على ما أفسده ، فإن ائتمنه أحد على ما أفسده فلا مسئولية عليه إلا فيما حفظ به ماله فيضمن الأقل .

وقد قال البعض أيضًا : إن الطفل ابن شهر لا ضمان عليه .

ولكن متى فهمنا أن تضمين عديم الأهلية مبني على خطاب الوضع تعين عدم استثناء أحد من ضمان تلف أموال الناس .

**خامسًا** : الشخص المعتدي محجور عليه لسفه أو تبذير ، ومسئوليته المالية في ماله إن كان له مال ، ويتبع بها في ذمته فهو يملك ، و لكن ليس أهلًا للتعاقد فيتعاقد باسمه وليه .

**سادسًا** : الشخص المعتدي لم يفعل بنفسه بل أغراه غيره ، و الضمان في هذه الحالة على الفاعل و المغري بالتضامن إن كانا متساويين في التكليف ، وإلا فعلى المغري إن كان الفاعل عديم الأهلية .

والمنصوص عليه أن من أغرى ظالمًا على تلف شيء أو أخذه من ربه فإنه يضمن ، وإن قصد بذلك دفع الضرر عن نفسه ؛ لأنه لا يجوز له نفع نفسه بضرر غيره (1) ، وكذا من حرض أو أغرى أي شخص كان فهو مسئول عن تحريضه وإغرائه ، ويقع

---

(1) يتناول الفقه الإسلامي أحكام إغراء الظالم على إتلاف شيء أو أخذه تحت عنوان السعاية أو الوشاية وهو ما قد فصلنا أحكامه في ضمان العدوان المرجع المشار إليه سابقًا وقد تناولت المادة 168 مدني مصري الإضرار بالغير لدفع الأذى عن النفس ، وأوجبت الضمان في ذلك ونصها :

« من سبب ضررًا للغير ليتفادى ضررًا أكبر محدقًا به أو بغيره لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبًا » .

وهي تقابل الفقرة الثانية من المادة 213 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي : « فمن سبب ضررًا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرًا عن الضرر الذي سببه لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبًا » .

كما تقابل المادة 236 من التقنين الكويتي .

ويستند هذا إلى المبادئ الشرعية التي عبرت عنها المواد 27 – 28 – 29 – 33 من المجلة العدلية .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 56 ) .

التحريض و الإغراء حتى على الحيوان الأعجمي الذي لم يخاطب ، ولم يكلف لا وضعًا ولا تكليفًا ، كمن حرض كلبًا فعقر شخصًا أو حرضه على قتل حيوان آخر مملوك للغير فهو ضامن . وعلى هذا الإيضاح نرجع للمقارنة .

## أولًا : مسئولية الأب والأم :

مسئولية الأب والأم أو الوصي أو الولي على القاصر تختلف باختلاف أحوال الإتلاف ، وذلك :

أ – القاصر يعمل في التجارة بإذن وليه يتلقى المشترين فيبيعهم ويشتري بعض السلع و حكم ما أتلفه في هذا العمل المنصَّب فيه ، وما يلزمه أنه يضمنه وليه الذي نصبه ؛ لأنه قد أطلق له التصرف فهو ضامن لما يتلفه . والظاهر أنه لاشيء على القاصر مطلقًا سواء رماه في البحر أو نفع به غيره أو انتفع به هو ، وكذلك الحكم في صبيان الصنعة كصبي الخياط أو الميكانيكي فضمان ما أتلفوه على من أمنهم على أملاك الناس المسلَّمَةِ لهم أمانة .

ب – القاصر لا يعمل في التجارة ، ولا يخلو حاله .

1 – كان أمينًا على ما في يده من أموال الغير ، ولم يصن ( يحفظ ) به ماله فإنه لا ضمان عليه فالنص يقول : ( الصبي والسفيه إذا أخذا وديعة أو قراضًا أو اشتريا سلعة ، فأتلفا ذلك كلًّا أو بعضًا فإنه لا ضمان على أحدهما فيما أتلف؛ لأن صاحبه هو الذي سلطه عليه ) ، و هذا حكم لا خلاف فيه فيما أعلم ، و قد قيل أيضًا : فلو أُمِّن وصرفه فيما له غنى عنه فلا يكون ضامنًا .

2 – كان أمينًا وحفظ ماله بإتلاف مال الغير ، وحكمه أنه يضمن الأقل من المالين : فإذا كان المال الذي أتلفه يساوي عشرين والمال الذي حفظه يساوي عشرة فإنه يضمن عشرة .

وضمانه في هذه الحالة يكون في المال الذي صوَّنه ( حفظه ) به خاصة ، ويشترط أن يبقى المال الذي صوَّنه لوقت الضمان ، فإن هلك أو تلف أو ضاع ماله الذي صوَّنه به فلا تتبع ذمته .

3 – لم يكن أمينًا على ما أتلفه بأن بدد مال الغير أو أتلفه أو أفسده ، ولم

يحرضه أحد . وحكم ذلك فيه خلاف .

**القول الأول** : ضمن الصبي مميزًا أم لا ما أفسده من مال الغير في ماله لا في ذمته ، فيضمن إن كان له مال حاضر . فإن لم يكن له مال فلا شيء عليه ( طرحه في البحر أو صون به ماله أو لا ) ، وهذا القول منسوب للعلامة علي الأجهوري [1] ولغيره في مذهب الإمام مالك .

**القول الثاني** : ضمن الصبي ما أفسده من مال الغير مطلقًا ، طرحه في البحر أو صون به ماله أوْ لا ، كان للصبي مال وقت الإفساد أوْ لا ، بقي معه لوقت التضمين أوْ لا ، فتتبع ذمته إن لم يكن له مال وإن صرف الصبي مال الغير فيما لابد له منه أو في شهواته أو نفع به الغير فإنه ضامن لما أتلف على هذا النحو .

فالأب والأم ليسا مسئولين عن الأضرار المدنية التي تنشأ عن أعمال الصغير إلا في حالة واحدة ، وهي [2] أن الصغير كان تحت تأثير والديه فيما فعل ، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر أحد والديه ، ولم يمنعه وهو قادر على ذلك .

أما أن الأب والأم مسئولان مدنيًا عن ولدهما في حالة عدم ملاحظته أو إهماله فلا يقول به التشريع الإسلامي ؛ لأن الصغير كامل المسئولية في أموال الناس عن طريق خطاب الوضع كما سبق بيانه .

**ثانيًا** : مسئولية المدرسين ومعلمي المهن : الصغير الجاني كامل المسئولية المدنية في إتلاف أموال الناس على النحو السابق ، وتضمين المدرسين ومعلمي المهن لما يعمله التلاميذ أو متعلمو المهن خروجٌ عن حدود الضمان القانوني ، وإهدار لشخصية كاملة المسئولية المدنية . فإن كان إتلاف الصغير ( التلميذ أو متعلم المهنة ) أمام مدرسه أو معلمه ، ولم يمنعه وهو قادر على منعه فهو مسئول عن ذلك . وإن كان المدرس أو المعلم هو الذي أمَّنه على أموال الناس فأتلفها فهما ضامنان . وقد نص على ما يأتي : ( وكذا المعلم إذا أمر ولدًا صغيرًا بقتل شخص فقتله ، فإن المعلم يقتل وحده به ، وعلى عاقلة الصغير نصف الدية ، ولو كان المأمور كبيرًا لقتل وحده ،

---

(1) الأجهوري : هو أبو زيد عبد الرحمن بن علي الأجهوري أثنى عليه الشيخ الشعراني في طبقاته . أخذ عن الشهاب والفيش والشمس وغيرهم توفي سنة 957 .
انظر : شجرة النور الزكية ص 280 رقم 1051 .

(2) في الأصل : [ هو ] .

ويعاقب المعلم . ولو كثرت الصبيان فالدية على عواقلهم . فإن لم يخف المأمور من الآمر وقتل فإنه يقتص منه فقط ما لم يكن الآمر حاضرًا ، فيقتل أيضًا : القاتل لمباشرته ، والحاضر لقدرته على خلاص المقتول ولم يفعل ) .

وعلى هذا فلا مسئولية مدنية بطريق الضمان على المدرس والمعلم إلا إذا كان آمرًا أو أتلف أمامه ، وسكت مع قدرته على المنع أو أمَّن المتلف على ما أتلف (1) .

**ثالثًا : مسئولية السيد والمولى :** ليس في التشريع الإسلامي تضمين بهذا المعنى ؛

---

(1) على الرغم من أن القاعدة في الفقه الإسلامي أن المسئولية شخصية وأنه لا يسأل أحدٌ عما اقترف غيره فإن الفقه الإسلامي قد أخذ بمسئولية المتبوع عن تابعه في صور كثيرة ، من أهمها ضمان الأستاذ ما يتلفه تلميذ الصنعة في العمل الذي يقوم به تحت إشرافه ، وكذا مسئولية الآمر عن فعل المأمور إذا كان تحت سلطة الآمر . ومنها كذلك مسئولية الأم عن الصغير لو قصرت في حفظه . انظر ضمان العدوان ( مرجع سابق ) في ذلك . وهو ما قد تناولته المادة 173 من القانون المدني المصري ونصها :

1 - كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلي الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

2 - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم علي تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولي الرقابة علي الزوج .

3 - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعًا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 238 من التقنين الكويتي ومع ما جاء في المادة 288 من التقنين الأردني .

ومع ما جاء في المادة 218 من التقنين العراقي التي تنص علي ما يأتي :

1 - يكون الأب ثم الجد ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير .

2 - ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أن الضرر كان لابد واقعًا حتى لو قام بهذا الواجب .

وحكم هذه المواد إذ يلزم المكلف بالرقابة بتعويض الضرر الناجم عن فعل الخاضع لرقابته ، وإذ يقيم قرينة تخفف عبء الإثبات عن المضرور في هذا الصدد ، إنما يهدف إلي حماية المضرور وتيسير حصوله علي التعويض . ويبقى أمام المكلف بالرقابة أن يرجع بما أداه من تعويض على الخاضع للرقابة إذا لم يهمل في أداء واجبه . وهو ما يتفق مع القاعدة الشرعية التي تقضى بأن الضرر يزال ( م 20 من المجلة ) ، وأن الضرر يدفع بقدر الإمكان ( م 31 من المجلة ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 57 ، 58 ) .

لأن الخادم إن كان كبيرًا فهو مسئول شخصيًا في ماله ، إن كان له مال وفي ذمته إن كان معدمًا ( فقيرًا ) حالا .

وفي مسئولية السيد والمولى خروج عن القواعد المقررة في الضمان ، وفي أن المسئولية شخصية طبقًا للقواعد المقررة المذكورة أول البحث .

ومن ادعى مسئوليتهم فعليه إقامة الدليل ، فالأصل عدم مسئوليتهم حتى يثبت خلافه بالدليل كأن كانوا محرضين أو آمرين بالإتلاف .

ويؤخذ من جواز إقامة دليل الضد من الأب والأم ومن المدرسين والمعلمين في التشريع الوضعي أن هذه مسئولية مشكوك فيها ، وهو ما قرره التشريع الإسلامي فهم غير مسئولين أصالة إلا إذا ثبت تحريضهم ، أو حصل التلف بحضورهم وسكتوا وكان يمكنهم منعه أو كانوا مؤمِّنين المتلف .

**رابعًا** : المسئولية المدنية لعمل الحيوان : ما أتلفته البهائم مأكولة اللحم أم لا من الزرع والحوائط ، وهي غير معروفة بالعداء ، ولم تربط ولم يقفل عليها بما يمنعها ليلًا فعلى ربها وإن زاد على قيمتها .

وان كانت غير عادِيَة فلا يضمن ربها ما أتلفته نهارًا بشرطين :

1 - إن لم يكن معها راع ، أو كان وعجز عن دفعها .

2 - إن سرحت بعيدة عن المزارع بحيث يغلب على الظن أنها لا تذهب للزرع .

فإن كان معها راع أو سرحها ربها قرب المزارع فعلى الراعي في الأول إن كان له قدرة على منعها كانت قرب المزارع أم لا وعلى ربها في الثاني .

فإن كانت عادية فعلى ربها ليلًا ونهارًا إلا مع راع قادر على منعها فعليه ، فإن ربطت ربطًا محكمًا أو قفل عليها كذلك فانفلتت فليس على ربها ضمان مطلقًا ، كما لو سرحت بعيدًا عن المزارع بلا راع [1] .

---

(1) يقول الدردير : وما أتلفته البهائم من الزرع والحوائط مأكولة اللحم أم لا ، وهي غير معلومة العِدَاء ولم يحفظها ربها بربط أو غلق باب ليلًا فعلى ربها ضمانه ، فإن عرفت بالعداء فعلى ربها ولو نهارًا حيث لم يحفظها ... ، وإن زاد ما أتلفته من زرع على قيمتها فليس لربها أن يسلمها فيما أتلفته ، لأنها ليست كالعبد الجاني . الشرح الصغير جـ 4 ص 149 .

كل هذا إذا أمكن التحرز في البهيمة فإن كانت مما لا يمكن التحرز منها كحمام ونحل ودجاج [1] يطير فهل يمنع الناس من اتخاذها دفعًا للضرر ؛ لأنه لا قدرة على منعها ، أو على الناس حفظ مزارعهم ؟ خلاف بين المتشرعين ، والأولى منع اتخاذها ارتكابًا لأخف الضررين .

ولو أتلفت الدواب آدميًا أو عضوًا منه أو أتلفت مالًا كدمته بفمها أو رمته برجلها :

1 – فإن كانت عادية ضمن ما أتلفته ليلًا أو نهارًا حيث فرط في حفظها .

2 – وإن كانت غير عادية فلا يضمن ما أتلفته بقرنها أو برجلها ليلًا أو نهارًا ، ولو لم يربطها أو يغلق عليها بابا .

وهذا إذا لم يكن من فعل أحد معها وإلا ضمن [2] .

ومن قاد إبلًا فهو ضامن لما وطئ البعير أول القطار ( القافلة ) أو في آخره ، وإن ضربت رجلا برجلها أو بيدها لم يضمن القائد إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها ، والسائق والقائد والراكب ضامنون لما وطئت الدابة متى جاء العطب من فعل واحد منهم [3] .

فإن أتلفت بحجر أطارته حال سيرها ، فيضمن القائد أو السائق أو الراكب ولو أنذر لعدم لزوم التنحي عن الطريق المباح [4] .

ولو اجتمع الثلاثة قدم السائق في الضمان . وإن اجتمع السائق أو القائد مع الراكب قدم الأولان ، حيث لم يحصل من الراكب فعل كنخس ، وإلا فالضمان منه إذا لم يعيناه وإلا شاركاه في الضمان [5] .

فإن كانت الحيوانات تحت يد مستودَع أو مستأجِر أو منتفع وأتلفت نفسًا أو مالًا فالضمان على من كانت تحت يده حتى ولو كان راعيًا ؛ لأن واجب الحفظ

(1) مثل الحمام ، والنحل ، لا ضمان على ربه . الشرح الصغير ( 149/4 ) .

(2) النص كاملًا في ( حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ) ( 357/4 ) .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : السائق ، والقائد ، والراكب ضامنون لما وطئت الدابة ، كل واحد منهم ضامن . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ( 358/4 ) .

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ( 358/4 ) .

(5) المرجع السابق ، ونفس الصفحة ، ومثله في الشرح الصغير ( 150/4 ) .

يتعين على كل واحد من هؤلاء . فإن كان الإتلاف نتج عن قوة قاهرة أو عن تسبب المجني عليه في النفس والمال فلا ضمان على من كانت تحت يده [1] .

**خامسًا** : المسئولية المدنية في عمل المساكن : صاحب المنزل مسئول عن الضرر الذي يحدث في النفس أو المال منه ، فلو سقط جدار على شيء فأتلفه فيضمن صاحب المال ، والدية في ماله بشروط ثلاثة :

1 - أن يميل الجدار بعد استقامته .

2 - إنذار صاحبه ( أصلح جدارك ) ، وإشهاد عليه عند حاكم أو جماعة المسلمين .

3 - أن يمكن تداركه بأن اتسع الوقت للإصلاح ، ولم يصلح . فإن سقط قبل زمن يمكن فيه التدارك لم يضمن .

فلو بناه مائلًا ابتداء أو على غير أساس فسقط على شيء أتلفه ضمن بلا تفصيل .

وقيل : لا يضمن بهذه الشروط إلا إذا قضى عليه الحاكم بالهدم ولم يفعل . وقيل يضمن إن بلغ حدًّا كان يجب عليه هدمه لشدة ميلانه فتركه فهو ضامن ، وإن لم يكن إشهاد ولا حكم [2] ولا ضمان على المرتهن

(1) إن كان مع الحيوانات راع ، فعلى الراعي الضمان للزرع . الشرح الصغير ( 149/4 ) .

(2) تناولت المادة 176 و 177 فقرة أولى و 178 من القانون المدني المصري مسئولية حارس الحيوان وحارس البناء والأشياء .

فالمادة 176 من هذا التقنين تنص على أن : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكًا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » .

والمادة 1/177 من هذا التقنين تنص على أن : « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكًا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهدامًا جزئيًا ، مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه » .

والمادة 178 من هذا التقنين تنص على أن : « كل من تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولًا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » .

وقد رؤي تعميم مبدأ المسئولية الناشئة عن الأشياء بحيث تشمل المسئولية عن فعل الحيوان ، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء أيا كان سبب الضرر انهدامًا أو غيره ، وكذلك المسئولية عن سائر الأشياء سواء أكانت آلات ميكانيكية أم أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أم غير ذلك ، وتوحيد الحكم في جميع هذه الحالات ؛ إذ لا =

والمستعير والمستأجر ؛ إذ ليس لهم هدم .

والمراد بإنذار صاحبه مالكه المكلف أو وكيله الخاص أو العام ، ( والوكيل هو الحاكم ) إذا كان رب الجدار غائبًا ، ولم يكن له وكيل خاص . ومن الوكيل الخاص ناظر الوقف ووصي الصغير والمجنون . فإذا سقط الجدار مع وجود الشروط الثلاثة ضمن وصي غير المكلف في ماله ، ولو كان لغير المكلف مال .

ولو سقط ميزاب الماء أو المظلة أو البراندة على شيء فأتلفه من نفس أو مال فلا ضمان على ربها [1] . وقيل حكمها حكم الحائط فيها الضمان بشروطها الثلاثة .

فإن سقط بئر أو سرب على حافره فلا ضمان على صاحب البئر أو السرب ، ولا على من استأجره للحفر .

والقاعدة العامة في هذا أن الإنسان يضمن الخسارة [2] التي ترتبت على فعله ، وعلى تركه و عدم احتياطه سواء أكان الفعل الذي ترتبت عليه الخسارة عمدًا أم خطأ ؛ لأن العمد و الخطأ في أموال الناس سواء ، فيضمن المودع الوديعة بسقوط شيء من يده عليها ولو خطأ [3] ، كمن أذن له في تقليب شيء فسقط من يده فكسر

= مبرر للمغايرة في مسئولية حارس الأشياء المختلفة ولا لقَصْر مسئولية حارس البناء على حالة دون أخرى .
ويقابل ذلك 1/2443 و 2 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :
1 – كل من يتولى حراسة شئ مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، مالم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير .
2 – وتعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها : السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والأسلحة والأسلاك والمعدات الكهربائية ، والحيوانات والمباني ، وكل شئ آخر يكون ، بحسب طبيعته أو بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر .
وتقابله المواد 221 – 226 و 1/229 و 231 من التقنين العراقي ، والمواد 289 و 1/290 و 291 من التقنين الأردني .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 59 ، 60 ) .

(1) جاء في الخرشي على مختصر خليل : – « من اتخذ ميزابًا للمطر ، فسقط على شيء فأتلفه من نفس أو مال فإنه لا ضمان عليه ، بل هو هدر » .
الخرشي على مختصر خليل ( 111/8 وما بعدها ) .

(2) قاعدة : كل إنسان يضمن الخسارة التي ترتبت على فعله سواء كانت الخسارة عمدًا أم خطأ .

(3) الوديعة أمانة الأصل فيها عدم الضمان إذا تلفت إلا أن يحصل تفريط فتضمن ، فإذا سقط عليها شيء من يد المودَع ( بفتح الدال ) .فأتلفها ، أو سقط شيء بسببه ، فإنه يضمنها ؛ لأن ذلك جناية خطأ ، وهي والعمد في أموال الناس سواء . الخرشي على مختصر خليل ( 109/6 ) .

غيره فلا يضمن الساقط؛ لأنه مأذون له و يضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ .

ومن ذلك الأعمى يمر على شيء فيعثر فيتلف شيئًا فينبغي الضمان ؛ لأنه من خطاب الوضع . والنائم يضمن ما أتلفه حال نومه من الأموال في ماله . ويحلف المستعير فيما علم أنه بلا سببه كسوس من خشب و قرض فأر و حرق نار أنه ما فرط ، كان مما يغاب عليه أم لا متى اتهم . فإن نكل غرم ، و لا ترد اليمين على المدعي لأنها يمين تهمة ، وكذا الوديعة و الرهن [1] .

وعلم من هذا وجوب تعهد العارية والوديعة والرهن ونحوها ممن هي في أمانته ، إذا كان يخاف عليها العيب بترك التعهد . وحيث ضمن فيضمن ما بين قيمته سليمًا وقيمته بما حدث فيه . فإن مات ضمن جميع قيمته ؛ فالفعل الناشئ عنه التلف ، أوجب الضمان مطلقًا عمدًا أو خطأ وكذا ترك التعهد [2] .

ولا يفرض التشريع الإسلامي الضرر مطلقًا من حيوان أو جماد تحت يد الإنسان بل لابد من حصول ضرر بالفعل نشأ عن الحيوان أو الجماد ، وأن مالكه هو المسئول عنه شرعًا يعني ليس هناك قوه قاهرة .

ولو استوفيت الشروط المطلوبة للضمان ، ولم يكن من لحقه الضرر سببًا في ضرر نفسه ، كمن فتح على نحل فضره ضررًا بليغًا بتلف عينيه أو دخل دارًا بدون إذن صاحبها ، و فيها كلب عقور للحراسة بدون نداء قبل الدخول ، و هو يعلم أمر هذا الكلب فعضه فأتلف منه عضوًا ، وكمن أتى لجمل عقور فحاربه حتى عضه ، وكمن حل فرسًا من مربطها بدون إذن صاحبها فرفسته فكسرت رجله ، وكمن مر على شريط السكة الحديد في مكان ممنوع مرور الناس فيه إلا بإذن أو كان ليلًا ، ولم يره السائق أو رآه وتعذر عليه إيقاف القاطرة لشدة اندفاعها إلخ فكل هذا لا ضمان فيه ؛ لأن من لحقه الضرر هو المتعدي .

---

(1) القول للمستعير في التلف أو الضياع فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ، ولا ضمان عليه إلا لقرينة تكذبه ، وحلف ما فرط إن ادُّعِي أنه إنما حصل التلف ، أو الضياع ، أو العيب الذي قام به بتفريطه سواء كان مما يغاب عليه أم لا كسوس ، وقرض أرضة ، أو فأر ، أو بلل ، أو دهن ، أو حبر ، أو نحو ذلك . انتهى ملخصًا من الشرح الصغير ( 232/3 ) .

(2) يقول الدردير : تضمن الوديعة بسقوط شيء عليها من يد المودع ولو خطأ ؛ لأن الخطأ كالعمد في الأموال . الشرح الصغير جـ 3 ص 222 .

أما نظرية الخطأ المضاعف فهي موجودة شرعًا ؛ لأنها مركبة من خطئين سواء أكان جنائيًّا أم مدنيًّا أو يشبههما أو تعاقديًّا ، ولكل حكمه المقرر شرعًا سابقًا [1] .

(1) فمثلًا : لا يجوز عند المالكية أن يجعل في جدارِ سورهِ قُضُبًا محدَّدة أو عيدانًا لتدخل في رجل من يريد الدخول إلى حائطه . تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 2 ص 346 .

**( خلاصة ما تقدم من المقارنة في حل التعاقد من بند 98 إلى نهاية بند 117 )**

**يتفق التشريعان في الآتي :**

حل التعاقد ، الشرط الوفائي الضمني ، شرط جواز حل العقد ، الشخص الثالث في فسخ العقد ، الحل الاتفاقي ، إبطال العقد ، العمل المترتب عليه تعويض ، أداء ما ليس بواجب ، الثراء بلا سبب ، الأعمال الموجبة للتعويض ، الضرر المدني ، تجاوز استعمال الحق ، الفرق بين الضرر المدني والضرر الجنائي ، المسئولية المدنية ، مسئولية معلمي المهن ، المسئولية لعمل الحيوان ، المسئولية في عمل المساكن ، مسئولية الجماد .

**ويختلفان فيما يأتي :**

الالتزامات غير الاتفاقية - إدارة الأعمال - نتائج إدارة الأعمال - مسئولية الأب والأم - مسئولية المدرسين - مسئولية السيد والمولى .

## الكتاب الثالث

### بند [ 119 ] الالتزامات في حد ذاتها

**القانون الفرنسي :**

**تمهيد** : الالتزامات هي ضرورات قانونية تجبر شخصًا يسمى مدينًا على عمل شيء أو تركه أو إعطاء أي شيء محدود لشخص آخر يسمى دائنًا . والالتزامات تحسب في رأس مال المدين ( عليه ) ، وتحسب في رأس مال الدائن ( له ) .

والالتزامات ثلاثة أنواع : التزامات مدنية ، وطبيعية ، وأدبية فالمدنية هي ما يمكن للدائن إكراه مدينه قانونًا بالتنفيذ لما تعهد به .

والطبيعية هي التي لا يمكن للدائن إكراه مدينه على التنفيذ قانونًا ، لكن المدين ينفذ بنفسه بدافع حقيقي كدين اللعب ، أو دين سقط حق المطالبة به .

والأدبية هي مجرد واجب ضمير يبعث صاحبه على أداء ما يراه صالحًا ، ولا جبر عليه إلا لضميره كالصدقة من الغني على الفقراء .

**والالتزامات بسيطة ومركبة** : فالبسيطة ما كان الدائن فيها واحدًا والمدين كذلك ، ومادة التعاقد كذلك ولا شرط ملغى ولا موقف ، والمركب ما تعدد المدين أو المادة أو كان في العقد شروط إلخ .

سيقسم هذا الجزء إلى خمسة أقسام :

( 1 ) مادة الالتزام . ( 2 ) نتائج الالتزام .

( 3 ) الالتزامات بسيطة ومركبة . ( 4 ) سقوط الالتزامات .

( 5 ) نقل الالتزامات ، ملحق بديل التعاقد والالتزامات [1] .

### بند [ 120 ] التشريع الإسلامي

**الالتزامات في حد ذاتها** : الالتزام شغل ذمة بشيء إلى شخص آخر يسمى الأول ملتزمًا ، والثاني ملتزمًا له أو دائنًا ومدينًا . والالتزامات تعهد بالوفاء بما يلتزمه

(1) انظر : البنود من 1101 إلى 1107 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 246 ، 247 .

الشخص فهي نقص في تركته أو رأس ماله فمن مات وعليه التزامات احتسبت نقصًا في تركته ووجب الوفاء بها أولًا؛ لأنها دين . ومن أفلس وعليه التزامات اعتبرت في تقسيم المال بقدر حصتها في وفاء الديون ، وبالعكس من مات وله التزامات عُدَّت في التركة ، وكذا من أفلس وله التزامات اعتبرت في الوفاة بدينه [1] .

وتقسيم الالتزامات إلى مدنية وطبيعية وأدبية تقسيم اصطلاحي ، ولا مانع منه في التشريع الإسلامي ؛ لأنه لا يغير حكمًا .

فالمدنية هي الناتجة عن التزام صحيح لازم لكل من الطرفين كبيع مثلًا ، والطبيعية هي ما نتجت عن عقد غير لازم أو عن سبب يدعو لسقوط الحق ظاهرًا وساق الشخصَ للوفاء ضميره . كما إذا وهبتُ لفقراء غير معينين فهي غير لازمة وليس لأحد مقاضاتي ؛ لأن الفقراء غير معينين ، أو لزمني دين ولم أدفعه ، ثم مضت مدة خمسين سنة فلا يسمع القاضي الدعوى . ولكن معنى عدم السماع لا يجعل المدين في حِلٍّ من عدم الوفاء ، فيجب عليه الوفاء بينه وبين ربه ، وسمه ما تشاء [2] دينا أو التزامًا طبيعيا أو غيره . وأما دين اللعب ( القمار ) فهو حرام ؛ ولا يجب الوفاء به بل يحرم [3] . وأما الالتزام الأدبي فهو ما يلتزمه الشخص لغير سبب

---

(1) عرف الشيخ عليش الالتزام بأنه : « إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازمًا له » .
وذكر أيضًا الحطاب في المواهب جواز الالتزامات المعلقة ؛ فيشمل إلزام الشخص نفسه بأمر معلق على الفعل النافع الذي يفعله الملتزم له . فتح العلي المالك جـ 1 ص 217 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 5 ص 222 .

(2) في تالأصل : [ تشأ ] .

(3) تناولت المادة 739 من القانون المدني المصري أحكام المقامرة والرهان وبينت بطلان الاتفاق فيهما ، وأن من حق الخاسر أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنين ، وأن يثبت دفع ما دفعه بجميع الطرق .
ويتفق ذلك مع ما جاءت به المادة 975 من التقنين العراقي ، فيما عدا أن مدة الاسترداد سنة .
والمادة 915 من التقنين الأردني ، فيما عدا أن مدة الاسترداد ستة أشهر .
ويتفق حكم هذه المواد مع ما تأمر به الشريعة الإسلامية . فقد جاء في الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ . والميسر هو المقامرة أو الرهان فلا تعتبر المقامرة أو الرهان سببًا شرعيًا لكسب المال . وقد نصت المادة 97 من المجلة على أنه « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » .
والقاعدة هي تحريم المقامرة والرهان . فكل من العقدين باطل لمخالفته للآداب والنظام العام . فهو مخالف للآداب ؛ لأن المقامرة تقوي في نفس المقامر غريزة حب الإثراء عن طريق المصادفة ، لا عن طريق العمل المنتج . =

إلا ابتغاء رضوان الله كمطلق الصدقة لا الزكاة الواجبة شرعًا ، فهي حق الله يجب إخراجها ويُقاتَل من الإمام عند منعها فتؤخذ قهرا .

وقد يجوز اعتبار الالتزامات بسيطة ومركبة ولا ضرر في ذلك .

## بند [ 121 ] مادة الالتزام

**القانون الفرنسي :**

**مادة الالتزام تشمل ثلاثة أنواع :** إعطاء ، عمل ، عدم عمل أي شيء .

فالإعطاء هو نقل ملكية أو ترتيب حق عيني ، ويحمل أيضًا على دفع ما يقابل ذلك من الثمن مبلغًا من المال أو شيئًا محدودًا أو معدودًا أو حيوانًا أو أي شيء آخر مقابل لنقل الملكية أو لترتيب الحق العيني .

ويتبع الإعطاء واجبان يتضمنهما الإعطاء ، وهما تسليم الشيء ( مادة التعاقد ) ، والمحافظة عليه لحين التسليم .

والعمل أو عدم العمل ، فالعمل يتكون من إتمام عمل جسماني كبناء منزل أو رسم صورة أو تنفيذ عقد بيع أو مشترى ، وعدم عمل شيء هو الحجر على حرية شخص يمكنه العمل بعدم الإقدام على هذا العمل كتعهد فنان بعدم الظهور على مسرح كذا لمدة كذا أو عدم فتح محل تجارة في ناحية معينة .

**نتائج الالتزامات البسيطة :**

فكرة عامة : الالتزام الممنوح إلى الدائن : حق أساسي ، حق تبعي ، حق مساعد . فالحق الأساسي هو إكراه المدين على تنفيذ موضوع التعاقد . والحق التبعي هو ما يطلب من المدين من التعويض عن الضرر لعدم التنفيذ كلية أو جزئية أو التأخير .

والحق المساعد هو ما يؤخذ من احتياط على أموال المدين الذي يحقق رهنًا عامًّا على الأموال المذكورة .

---

= وهو مخالف للنظام العام ؛ لأنه كثيرًا ما يؤدي إلي الخراب وإثارة الحقد والبغضاء والانصراف عن عمل منتج يعود علي المجتمع بالخير ، وهذا المعني واضح في الآية الكريمة التي تقول : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 290 ) .

## حق الدائن الأساسي أو التنفيذ الجبري للالتزامات :

من حق الدائن أن يطلب من مدينه تنفيذ عقد الالتزام بنفس عين مادة الالتزام ، وعلى المدين التنفيذ فلا يحل للمدين دفع مبلغ نظير عين تعاقد على أدائها بل لابد من أداء العين نفسها ، ولو امتنع عن التنفيذ فللدائن إكراهه بمساعدة القانون على ذلك .

ولكن يوجد بعض أحوال يكون التنفيذ المباشر غير ممكن . وفي هذه الحالة يضطر الدائن إلى طلب تعويض مالي يعادل ما تسبب له من الخسارة ، وهذا يكون في حالة التنفيذ على عمل يتم بإرادة المدين فقط أو على حرية شخصية المدين كرسام في عمل لوحة ( وكأرتيست ) ( ممثل ) في محل تمثيل .

## وللتنفيذ طريقان :

تنفيذ بالإكراه على النفس وتنفيذ بالإكراه على المال . وقد فكر المتشرعون في تنفيذ ثالث غير مباشر ، وهو الجبر المالي :

1 - التنفيذ على النفس : كان القانون الروماني يقضي بوضع شخص المدين تحت تصرف دائنه بشخصه متى حل أجل الدين فإن وفى مدة ستين يومًا فَبِها ، وإلا باع الدائن مدينه كالعبد وأخذ ثمنه ، ثم ينتقل إلى أملاكه للتنفيذ عليها مع بقاء الشخص أيضًا تحت تصرف الدائن عند عدم كفاية أملاكه .

وفي القانون الفرنسي إلى سنة 1867 كان للدائن الحق في حبس مدينه على نفقته لعله يدفع ليخلص حريته ، وكان الحبس ممكنًا دائمًا في الدين التجاري و قليلًا في الدين المدني ، ثم ألغي في 22 يوليو 1867 الحبس في الديون المدنية و التجارية وبقي السجن في الديون التأديبية . ( الغرامات ، والتعويض ، ومصاريف القضاء ) .

2 - التنفيذ على الأملاك : حق ضمان عام للدائن على أملاك مدينه : متى التزم شخص بشيء فقد قدم أملاكه من منقول وعقار حاضرة ومستقبله ضمانًا لما التزم به ، سواء نتج الالتزام عن تعاقد أو عمل أضر بالغير .

هذا الضمان ليس تامًّا فلا يعطي للدائن حقًّا بوضع يده على شيء معين ، ولا يفضل الدائن على غيره ، فللمدين إدارة أملاكه و التعاقد مع الغير بجميع أنواع

التصرفات إلا إذا أضر بحقوق دائنه ، فللدائن الاعتراض حفظًا لحقوقه . وبما أن أملاك المدين من منقول وعقار ضامنة لالتزاماته فيستثنى من ذلك :

1 - الأملاك غير القابلة للتمليك ، كعقار المهر لامرأة متزوجة على نظام المهر .

2 - الحقوق المستمرة كحق الاستعمال وحق السكنى .

3 - ما كان مستثنى بالقانون من الحجز ، سواء كان رفقًا بالإنسانية أو كان للصالح العام (1) .

## بند [ 122 ] مادة الالتزام

**التشريع الإسلامي** : مادة الالتزام في العقود هي الثمن والمثمن . وهو إعطاء ومنع كعقد المهادنة وفعلًا كشركة العمل وتركًا كما في الإقالة (2) ، أو ترك الملتزم له حقًّا من حقوقه لأجل ما التزمه له ، كأن أسقطت المرأة حقها في الحضانة نظير جعل معين ، وكإعطاء الزوجة زوجها شيئًا على ألا يتزوج عليها وهو يوافق الجعل .

ويتضمن الإعطاء نقل الملكية أو ترتيب حق عيني ، وقد يكون مبلغًا من المال أو شيئًا محدودًا أو حيوانًا .

ولا يتحقق الإعطاء إلا بالتسليم للثمن والمثمن كما اقتضاهما عقد الالتزام .

وقد يكون الثمن أو المثمن عملًا جسمانيًا كبناء منزل ، وعدم العمل هو التزام أيضًا يجب الوفاء به على الوجه المتفق عليه (3) .

### نتائج الالتزامات :

المحافظة على حقوق الدائن : العقود العوضية يكون الالتزام متقابلًا ؛ ففي البيع مثلًا يلتزم البائع بتسليم المثمن ، ويلتزم المشتري بتسليم الثمن ، فكلاهما دائن للآخر مدين له ، وفي العقود التي بلا مقابل كالهبة والإعارة مثلًا التزام الواهب أو المعير بهبة

(1) انظر : البنود من 1136 إلى 1145 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الثالث من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 253 : 255 .

(2) الإقالة من حيث هي بيع يشترط فيها ما يشترط في البيع ، ويمنعها ما يمنع البيع . الشرح الصغير ( 83/3 ) .

(3) قال الدردير عن أركان العقود والتزاماتها : « ومعقود عليه من ثمن ومثمن » ، ثم ذكر شرطه وهو الرضا بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثمن أو يدفعه له البائع . الشرح الصغير 1/3 .

أو إعارة شيء معين ؛ فالالتزام من جانب واحد أو المديونية من جانب الملتزم [1] .

فللدائن في كلتا الحالتين حق أساسي وحق مساعد .

فالحق الأساسي هو إكراه المدين قضاء على أداء ما التزم به ، والحق المساعد هو ما يفعله الدائن من الطرق التحفظية على أملاك مدينه لاستيفاء حقه منها .

أما الحق التبعي وهو التعويض فلا يختص بالالتزامات إلا إذا جنى المدين على الشيء محل الالتزام ، أو جنى أي شخص على ملك شخص آخر ، وتحقق شروط الضمان ، وتحقق الضرر فيتولد الحق التبعي وهو القيمة أو المثل أو ما يسمونه أرش الجناية [2] إلخ .

أما عدم التنفيذ للالتزام كلية أو عدم التنفيذ جزئيًا فله حكم آخر ، ولا تعويض فيه لمجرد عدم التنفيذ .

التنفيذ الجبري للالتزامات : من حق الدائن طلب عين الالتزام ، وعلى المدين إعطاؤه حقه [3] كما التزم ؛ فلا يكره الدائن على أخذ شيء آخر غير ما اشترط .

---

(1) يقول الشيخ عليش : « الالتزام الذي ليس بمعلق وهو إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف من غير تعليق على شيء فيدخل في ذلك الصدقة ، والهبة ، والحبس ، والعارية ، والعمرى ، والعرية ، والمنحة ، والإرفاق ، والإخدام ، والإسكان ، والنذر إذا كان غير معلق والضمان . انظر تفصيلًا أكثر في فتح العلي المالك جـ 1 ص 218 .

ويقول الشيخ عليش : « وقال ابن عرفة في كتاب العارية : والوفاء بها لازم ؛ لأنها معروف وفيها من ألزم نفسه معروفًا لزمه » ثم قال من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة أو مدة حياة المنفق عليه أو حتى قدوم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ما لم يفلس أو يمت » إلخ . فتح العلي المالك جـ 1 ص 219 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 329 .

(2) الدية ، وكذلك الأرش وهو جزء من الدية ، تعويض . وهي تكون مقدرة في حالة القتل وفي حالة الجناية علي ما دون النفس علي عضو تمكن فيه المماثلة . وتكون غير مقدرة ، حيث يترك تقديرها للقاضي ، في حالة الجناية على ما دون النفس على ما لا تمكن فيه المماثلة . ويتحقق ذلك بالنسبة إلي أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الأذى .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 63 ) .

(3) تناولت المادة 203 من القانون المدني المصري التنفيذ الجبري على المدين ونصها :

1 - يجبر المدين بعد إعذاره طبقًا للمادتين 219 و 220 على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا متى كان ذلك ممكنًا .

2 - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررًا جسيمًا .

ويتفق ذلك بوجه العموم مع ما جاء في المادة 284 من التقنين الكويتي ، والمادة 355 من التقنين الأردني . والمادة 246 من التقنين العراقي ، وتستند هذه المواد إلي ما يقرره الفقه الإسلامي من قواعد تقضي بأنه « إذا بطل =

ولو امتنع المدين عن الوفاء فللدائن الحق في إكراهه بطريق السجن بحكم القاضي للحصول عل حقه . ولا فرق بين التنفيذ على النفس ، أو على المال فإن القاضي يكره المدين في حالتيه على الوفاء .

**وللتنفيذ طريقتان** : تنفيذ بالإكراه على النفس ، وتنفيذ على المال :

1 – التنفيذ على النفس : مما لا نزاع فيه أن الإنسان من حيث هو إنسان محب للحياة السليمة من الأذى والألم فيسعى لتحصيل المال ليوفر لنفسه مباهج الحياة ويدفع عن نفسه مضارها وآلامها ، فيشتري راحته بالمال وصحته بالمال وحريته بالمال . فالطبع البشري محب لذاته يفتديها من كل ما يضرها بالمال فنفسه أولًا ثم ماله ثانيًا . فإذا التزم إنسان شيئًا لإنسان آخر مثيله وجب عليه الوفاء بما التزم به عينًا لبقاء النظم البشرية سائرة بالعدل والأمانة ، فإذا نكث ملتزم بما التزم به ولم يوف غريمه فلا يخلو حاله إما أن يكون معسرًا حقيقة بالوفاء ولا طاقة له إطلاقًا ، وإما أن يكون مجهول الحال ، وإما أن يكون ظاهر الملأ ( اليسار ) ، وإما أن يكون معلوم اليسار .

فإن كان معسرًا بالأداء حقيقة بإقرار الدائن أو بالبينة العادلة ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [1] .

فيترك سبيله إلى إيساره ، فتبقى ذمته مشغولة بما التزمه حتى يوفي به بعد يساره .

وإن كان المدين مجهول الحال ليس معلومًا معسرًا ولا موسرا يحبس إلى أن يأتي بدينه أو بكفيل بالوجه يعني بإحضاره وقت الطلب حتى يثبت عسره ، فلا يحبس ، وغرم الحميل ( الكفيل ) إن لم يأت به ، إلا أن يثبت الحميل عسره فإن أثبت عسره فلا يغرم . فإن طال حبسه ولم يتبين أمره أخرج من السجن أيضًا بالاجتهاد من الحاكم لاختلاف ذلك باختلاف الأشخاص والدَّيْن قلة وكثرة .

وإن كان المدين ظاهر اليسار في أعين الناس مقمشا يحسبه الناس غنيًا ، فإن ادعى الفلس ، وأنه لا قدرة له على الوفاء لما عليه يحبس حتى يثبت عسره ، إن لم يطلب الصبر

---

= الأصل يصار إلي البدل » ( م 53 من المجلة ) وبأن « المشقة تجلب التيسير » ( م 17 من المجلة ) ، وبأنه « لا ضرر ولا ضرار » ( م 19 من المجلة ) ، وبأن « الضرر يزال » ( م 20 من المجلة ) ، وبأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ( م 27 من المجلة ) ، وبأن « الضرر يدفع بقدر الإمكان » ( م 21 من المجلة ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 72 ) .

(1) سورة البقرة الآية رقم : 280 .

بحميل ، فإن وعد غريمه بالوفاء وسأل التأخير نحو يومين أجيب ولا يحبس إن أعطى حميلًا بالوجه ( الإحضار ) أو بالمال . وإلا لم يُجَب وسجن فلا يخرج إلا بثبوت عُدمه وفقره .

وإن كان المدين معلوم اليسار فيحبس ويضرب حتى يؤدي ما عليه ما لم يأت بحميل غارم وأجل لبيع عروضه إن أعطى حميلًا بالمال وإلا سجن . وليس للحاكم بيع أملاكه بخلاف المفلس (1) ؛ لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من التصرف في ماله ، فإن باع المدين عروضه ولم يف بالثمن واتهمه الدائن أنه أخفى من الثمن ما كان يمكن الوفاء به حلفه القاضي . فإن امتنع ولم يدفع أجبر على دفعه ولو بالضرب مرة بعد أخرى . ويسجن حتى يدفع ما عليه أو يأتي بحميل غارم . فأنت ترى حكمة التشريع السماوي تقدر الحبس بقدره لمعرفة حال الموسر من المعدم ؛ لأن معاملة الناس فيما بينها يجب أن تكون بضمان يطمئن إليه الناس ، ولا ضمان أزيد من السجن لأداء الحقوق لأربابها . ولا زال أداء الحقوق مضمونًا بالإكراه الجسماني في أرقى الشعوب ، ومنها إنجلترا ، وكان معمولًا به (2) في تركيا ، ولا شك أن الذي يستهين بالوفاء لما التزم به يستحق الاستهانة بما يلحقه من الأذى فلا حرمة له (3) .

وأما الشطط به كما كان في القانون الروماني فهو مخالف للعدالة البشرية من انقلاب الحر عبدًا ؛ لأنه مدين ولم يقدر على السداد .

---

(1) يقول ابن رشد : « أن الإفلاس نوعان : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه ... فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك ؟ وهل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم » . بداية المجتهد جـ 2 ص 284 ، 285 .

(2) في الأصل : [ بها ] .

(3) حث الشرع الإسلامي على الوفاء بالعهود والالتزامات ، وهو ما يشير إليه قوله تعالى في أول سورة المائدة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ . والأصل أن ينفذ الإنسان التزاماته طواعية واختيارًا حتى يتحقق الامتثال لما أراده الشارع ، فإذا لم ينفذ هذا الذي التزم به ، دون عذر يمنعه فإنه يكون مماطلًا ، يستحق العقوبة والإيلام ، طبقًا لما جاء من قوله ﷺ : « لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » . ولا يقصد من شرع عقوبته إلى إيلامه ، وإنما القصد هو العمل على استقرار المعاملات وحمايتها ، وإلا انقلب حال المجتمع إلى الفوضى ، كما قصد الشرع إلى حماية الطرف الآخر في التعاقد . وفي إيجاز فإن الشارع قد عمل على الموازنة بين مصالح الدائن والمدين والمجتمع ، ولذا استنبط الفقهاء المسلمون طرقًا عديدة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته .

وأما إلغاء الحبس في الديون المدنية والتجارية في القوانين الفرنسية فهذا تحريض على أكل أموال الناس بالباطل ؛ لأن الذي لا يفي بما التزم به ماذا يخشى ، لا شك لا يصيبه أذى في نفسه وهو الذي يتحاشاه بجميع ما يملك ، إن المدين يهرب أملاكه باسم زوجته أو أحد أولاده بل أحد أصدقائه وعند التنفيذ على أملاكه لا يجد الدائن شيئًا فيعود بالخسران علاوة على ما تكلف من نفقات ورسوم ووقت ، كل هذا لإلغاء الإكراه البدني على تنفيذ الالتزامات ، والذي يدل دلالة صريحة على صحة ما نقول أن الإكراه البدني بقي في ( الغرامات ، التعويض ، ومصاريف القضاء ) ولهذا كان نادرًا أن يفلت من أدائها إلا القليل ؛ لأنه يخشى السجن .

فالواجب المحافظة على حقوق الأفراد كما حوفظ على حقوق الجماعة والتأكد من الثقة التي يجب أن تكون متبادلة بين الناس في معاملاتهم خوف الجزاء الذي يُتَحَاشَاه بكل ما يُمْلَك .

## 2 – التنفيذ على الأملاك :

الدائن حين يداين مدينه ، ويرضى معاملته يعتمد على أمرين :

الأول ذمة مدينه ، وأنه متى حل الدين سيجد من ضميره وازعًا هو أقوى من كل قوة يدفعه لسداد التزامه ، والثاني على أملاك مدينه وأن فيها الوفاء بما التزمه المدين وزيادة .

ولذا تجد شخصًا لا مال عنده فيأتمنه الناس في معاملاتهم ويولونه ثقتهم فيداينونه لذمته وصدقه [1] وأمانته في المعاملة ، فتجده حريصًا على هذه الثقة يجدُّ ويكدح للوفاء فلا يخل بوعده ، إلا بقوة قاهرة يصدقه الناس فيها . وبالعكس تجد أناسًا أغنياء موسرين ، ولكن لا يأتمنهم أحد ، وإن عاملهم الناس فبضمان ومع ذلك فلا يوفون . فالدائن يعتمد أولًا على صدق ووفاء مدينه ثم ثانيًا على ماله ، فإن خاب ظن الدائن في الأولى ، ولم يف مدينه نفذ على مال مدينه . فكل ما يملكه المدين يصلح أن يكون سدادًا لدينه الناتج عن تعاقده باختياره أو عن ضرر ألحقه للغير ، وهذا يكون فيما يقبل الحجز والبيع فخرج :

**أولًا** : أعيان الوقف الذي يستحق المدين فيه حق المنفعة فلا يباع الوقف في دين

---

(1) في الأصل : [ صداقته ] .

إلا إذا سبق وجود الدين على وجود الوقف فيباع الوقف ؛ فيقدم الواجب وهو الدين على السنة وهو الوقف .

**ثانيًا** : الحقوق العينية التبعية التي للشخص كحق السكنى لطلبة العلم أو للعلماء أو الأئمة أو الخطباء وحق الاستعمال وحق العمرى والعارية غير الجائز التصرف فيها ( الشخصية ) .

**ثالثًا** : ما كان ضروريًا لحياة المدين من نفقة وملبس ولحياة من تلزمه نفقته .

وأما مهر الزوجة فليس للغرماء أخذ معجل مهرها قبل الدخول ولا بعده بأيام ؛ لأنه يلزمها أن تتجهز به للزوج ، ولا يجوز لها أن تقضي منه دينها إلا الشيء اليسير كالدينار ونحوه .

وأما ما تداينته بعد دخول زوجها فإن مهرها يؤخذ فيه . وأما مؤخر الصداق فللغرماء بيعه في دينهم [1] .

## بند [ 123 ] نتائج عملية لحق الرهن العام

**القانون الفرنسي** : للدائن الحق في عمل أمرين بالنسبة لأملاك مدينه : اتخاذ الطرق التحفظية ، واتخاذ طريق التنفيذ .

1 – الطرق التحفظية : هي العمل على حفظ ثروة مدينه كما هي ككل دائن إلى أي دين مؤجل أو حال ، وبشرط أو بدونه ، وهذه الأعمال هي :

---

(1) تناولت المادة 1141 من القانون المدني المصري حقوق الامتياز التي تتقدم بها الديون ، ونصها :

1 – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

( أ ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة .

( ب ) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة .

( ج ) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة .

2 – وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها .

وقد تناولت الموضوع ذاته المادة 1372 من التقنين العراقي ، والمادة 1435 من التقنين الأردني ، والمادة 1074 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 451 ) .

**أولًا** : طلب تعيين حارس من المحكمة على أموال مدينه في حالة الشك في غيابه للمحافظة على مصالح الدائن .

**ثانيًا** : طلب وضع الأختام على أملاك مدينه المنقولة حال وفاته .

**ثالثًا** : حق التدخل في حالة ميراث المدين من مورثه وقسمة الميراث .

**رابعًا** : حق فصل تركة مدينه من أموال مورثه خوفًا من تدخل دائن مورث مدينه ليستقل بأعيان التركة ليستوفي دينه .

**خامسًا** : حق التدخل في كل قضية يكون مدينه طرفًا فيها .

**سادسًا** : حق إحضار مدينه ليعترف بالدين أو بما كتب إلخ .

والطرق التنفيذية هي الحجز على أملاك المدين كلًّا أو بعضًا ، وبيعها بالطرق القانونية لاستيفاء الالتزام أو بعضه .

والحجز عدة أنواع ، الحجز ثلاثة أنواع أصلية :

1 - حجز عقاري . 2 - حجز تنفيذي .

3 - حجز ما للمدين لدى الغير .

فالحجز العقاري هو طريق للتنفيذ بوضع عقار المدين تحت تصرف القضاء ثم بيعه . وطريقة ذلك مطولة تعرف في طرق التنفيذ .

والحجز التنفيذي هو خاص بمنقول المدين الجسماني ، وذلك بإعلان المدين وعمل محضر حجز وتعيين حارس ، ثم إعلان الحجز والبيع ، ثم البيع بعد ثمانية أيام من الحجز .

وحجز ما للمدين لدى الغير ، وهو أن يكون للمدين مدين آخر فيحجز الدائن ما لمدينه تحت يد مدينه ، ويدعوه لدفع الدين إليه .

## القواعد العامة في طرق التنفيذ :

لا يجوز للدائن اتخاذ طريق من طرق التنفيذ إلا بعد وجود الشروط الآتية :

**أولًا** : يجب أن يكون الدين حالًّا ، وليس مشروطًا بشرط معلق .

**ثانيًا** : يجب أن يحصل الدائن على أمر تنفيذي ، ومع ذلك فيجوز حجز ما للمدين لدى الغير بسند عرفي أو بأمر إداري من رئيس المحكمة المدينة .

والأمر التنفيذي هو الحكم أو الإشهاد المعنون باسم الجمهورية الفرنسية المتوج بالصيغة التنفيذية ، وهي ( على كل سلطة وكل قوة أن تعين على تنفيذ هذا ولو بالقوة الجبرية متى دعيت لذلك ) .

والذي يتحقق فيه أمر التنفيذ شيئان :

1 - الأحكام المثبتة لالتزامات الشخص .

2 - الإشهادات المسجلة عند مسجل العقود المدني .

بعد بيع المحجوز والحصول على الثمن يقسَّم بين الدائنين بنسبة ديونهم في ثمن المنقول ، ويقسَّم حسب ترتيب حقوقهم في ثمن العقار فيقدم المرتهن أو صاحب الامتياز على العقار المبيع على الديون العرفية [1] .

## بند [ 124 ] نتائج عملية لحق الرهن العام

**التشريع الإسلامي** : ليس هذا الحق من قبيل حق الراهن حقيقة ، وإنما هو من قبيل الضمان الكلي في أملاك المدين للسداد ، فما دام المدين يسير في إدارة أمواله سيرًا سديدًا وتصرفًا معقولًا عرفًا وعادة فلا شأن للدائن قبل مدينه إطلاقًا [2] إلا في حالة إحاطة الدين بماله [3] فله طلب إفلاسه ، ومتى حُكِم بإفلاسه مُنِعَ من

(1) انظر : البنود من 2071 إلى 2091 ، في الكتاب السابع عشر ، وكذلك البنود من 2204 إلى 2217 ، في الكتاب التاسع عشر ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 152 : 157 ، 196 : 200 .

(2) تناولت المادة 234 من القانون المدني المصري حكم أموال المدين وتعلقها بالدين لضمانه ، ونصها :

1 - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

2 - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقًا للقانون » .

وقد تناولت ذلك المادة 307 من التقنين الكويتي .

والمادة 365 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « مع مراعاة أحكام القانون ، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان » .

وفكرة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه موجودة في الفقه الإسلامي ، إذ يستطيع الدائن أن ينفذ على أي مال من أموال المدين استيفاء لحقه . وليس لدائن أن يتتبع عينًا خرجت من ذمة المدين أو أن يتقدم على دائن آخر بالنسبة إلي عين معينة إلا إذا كان له تأمين خاص كالرهن مثلًا يخوله حق التتبع أو حق التقدم . ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 78 ) .

(3) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرع ، والمراد بالمنع المنع قبل التفليس ، أما بعده فإنه ممنوع من التصرف المالي مطلقًا . مواهب الجليل ( 32/5 ، وما بعدها ) .

التصرف ، وإلا في حالة تصرف المدين تصرفًا سيئًا يضر بماليته فيعجزه عن سداد التزاماته فيدخل الدائن ليتخذ احتياطات تمكن المدين من حفظ ماله لسداد التزاماته [1] ، فمنزلة الدائن من مدينه كمنزلة مشرف عام محافظة على ماله ، فللدائن :

**أولًا** : منع المدين من السفر للتجارة أو غيرها متى حل الدين أو كان يحل في غيبته ، سواء أحاط الدين بمال مدينه أم لا ، محافظة على الوفاء له بالتزاماته . فله منع غريمه من السفر بشروط :

1 - كون المدين موسرًا بالدين .

2 - حلول الدين ولو في غيبة المدين .

3 - عدم توكيل أحد في قضاء دينه [2] .

فلو لم يحل الدين حتى يرجع أو كان معسرًا بالدين أو كان له وكيل يسدد له ديونه ويقاضِي ويقاضَى بدله فلا حق للدائن من منعه من السفر [3] .

---

(1) تناولت المادة 235 من القانون المدني المصري حق الدائن في استعمال حقوق المدين المتعلقة بأمواله القابلة للحجز عليها . وتقرر هذه المادة حق الدائن في الدعوى غير المباشرة ، وهي تتفق فيما جاءت به مع المواد 261 عراقي ، 366 أردني و 308 كويتي . وتستند هذه المواد فيما قررنه بشأن الدعوى غير المباشرة إلى الفقه المالكي ، ففيه إذا لم يكن للمدين المحجور عليه بينة على حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد ، ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة جائز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد وهم بهذا إنما يستعملون حق المدين في هذه الدعوى . الخرشي 267/5 ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري 138/5 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 78 ) .

(2) للغريم منع من أحاط الدين بماله من السفر إذا لم يوكل في قضائه ، ولم يضمنه موسر . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ( 262/3 ) .

(3) تناولت المادة 323 من القانون المدني المصري تحقق الوفاء بالدين من المدين أو نائبه ، ولو لم تكن له مصلحة ، ونصها :

1 - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء . وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 208 .

2 - ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته . على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 375 من التقنين العراقي ، والمادة 317 من التقنين الأردني ، والمادة 391 من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 196 من مرشد الحيران على أنه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل ومن شريكه إن كان الدين مشتركًا » . ونصت المادة 197 من المرشد على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 97 ) .

**ثانيًا** : طلب حفظ مال مدينه بعد وفاته من التصرف فيه من ورثة أو غيرهم حتى يقضي دينه ؛ لأنه لا تركة تقسَّم بين ورثة إلا بعد [1] سداد دين المورث . فيحرم على الورثة أخذ شيء من التركة إلا إذا كان فيها فضل لهم بعد قضاء دين المورث [2] .

**ثالثًا** : التشريع الإسلامي قرر قاعدة عامة ، وهي [3] أنه لا ميراث إلا بعد سداد دين [4] المتوفى [5] .

فلو ورث مدين زيد مورثه أحمد بمبلغ 300 جنيه قيمة التركة ، وكان أحمد المورث مدينًا في مبلغ 350 جنيهًا ، فليس لدائني أحمد أخذ باقي الدين وهو 50 جنيها من وارثه زيد إلا إذا تبرع لهم بالخمسين جنيهًا سدادًا لدين أحمد . وليس مدين زيد ملزمًا بالسداد ؛ لأن الغرم قدر الغنم هنا ، وهو لم يغنم شيئًا فلا يدفع شيئًا وجوبًا .

فلو تبرع ودفع فلدائنه منعه ، إذا كان هذا المبلغ يضعف ماليته عن سداد دينه لدائنه . فإن كان ماله فيه فضل للسداد وزيادة فليس لدائنه التعرض فيما تبرع به وهو الخمسون جنيهًا ، وليس لدائني المتوفى الرجوع على الوارث بأزيد من التركة .

---

(1) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد دين المورث .

(2) يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين ، كالمرهون ، وعبد جني ، ثم مؤن تجهيزه ، ثم تقضي ديونه .. » . مواهب الجليل ( 405/6 ) .

(3) في الأصل : [ هو ] .

(4) قاعد : لا ميراث إلا بعد سداد دين المتوفى .

(5) تناولت المادة 237 مدني مصري حق الدائن في المطالبة بمنع المدين من التصرف الضار بحقوقه ، إذا كان هذا التصرف مما يزيد من التزامات المدين أو ينقص من حقوقه أو يؤثر في إعسار المدين . وقد تناولت ذلك أيضًا المواد 240 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 263 عراقي والمادة 310 كويتي والمادتان 370 ، 371 أردني . ويستند الحكم بحق الدائن في رفع دعوى المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين التي تتوافر فيها الشروط المذكورة إلى ما جاء في الفقه المالكي الذي اتجه إلى الحكم بتقييد تصرفات المدين قبل الحكم بالحجر عليه ، حتى لا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم قبل حجره ، شريطة إحاطة الدين بماله وعلمه عند التصرف بهذه الإحاطة ، وإضرار تصرفه بهم . الخرشي 263/5 وحاشية الدسوقي 262/3 وما بعدها ومواهب الجليل 35/5 ومصادر الحق 181/5 – 191 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79 ) .

ولدائن الوارث إذن منعهم ؛ لأنه الأحق . فلو قبل الوارث الميراث من غير شرط أو قيد ، ثم تبين أن التركة مستغرقة ولا تفي بالدين فلا يلتزم الوارث المذكور بدفع أي شيء زائد عن قيمة التركة المذكورة وهو أمر مقرر للمصلحة العامة . ولتحديد الالتزامات ، فلا يلتزم الورثة بأزيد مما ألزم المتوفى نفسه وهو حي ؛ فلو صفيت تركته وهو حي ، ثم مات ما لزمه شيء؛ لأنه معسر بالباقي .

**رابعًا** : وبما أن الدائن مشرف ورقيب على أموال مدينه ليتمكن من الوفاء بالتزاماته ، فإذا أحاط الدين بمال مدينه ، ولم يحكم بإفلاسه جاز للدائن محافظة على ماله طلب منع مدينه من كل تصرف بدون عوض ، كهبة وصدقة ووقف وضمان وقرض دين لم يحل أجله إلخ [1] .

فإن كان المال أكثر من الدين فلا يمنعه أحد من تصرفه إلا التبرع بما ينقص ماله عن الدين ، فإن قاضى المدين الذي أحاط الدين بماله أو تقاضى ، وكان من مصلحة الدائن التدخل في التقاضي محافظة على ماله جاز له ذلك [2] .

---

(1) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة ، وصدقة ، وحبس وإخدام ، وحمالة .
الشرح الصغير ( 137/3 ) .

(2) تناولت المادة 235 من القانون المدني المصري حق الدائن في الدعوى غير المباشرة والتدخل في التقاضي على المدين للمحافظة على حقوقه ، طبقًا لما سبقت الإشارة إليه في هامش سابق . وفي المادة 237 من القانون المدني المصري تنظيم حق الدائن في المطالبة بمنع تصرف المدين الضار بغرمائه شريطة إحاطة الدين بماله . ومقتضاه أنه إن كان ماله أكثر من الدين فإنه ليس للمدين أن يمنعه من التصرف فيما يزيد من أمواله عن مقدار الدين . وقد تناولت ذلك المواد 263 عراقي ، 310 كويتي .

وتطابق المادة 263 من التقنين العراقي . وتطابق المادة 310 من التقنين الكويتي .

وقد تقدم أن أسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولًا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له . ( الخرشي جـ 5 ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 و 263 ) .

ثانيا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله . ( الحطاب جـ 5 ص 35 ) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببًا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره . ( حاشية الدسوقي جـ 3 =

**خامسًا** : ومن باب الاحتياط وحفظ مال الدائن التوثق من عدم إنكار المدين لحقه أو لوثيقته أو إنكار ورثته من بعده ، فللدائن طلب المدين أمام القضاء للاعتراف بحقه وما تضمنته وثيقة حقه فيكون حجة لا تعارض ، وعلى القاضي إثبات ذلك في دفاتره المحفوظة للرجوع إليها عند الحاجة (1) .

## الطرق التنفيذية :

إن طرق التنفيذ للحصول على التزامات المدين تنظم حسب ما يرى الحاكم ، ولكن لها أصول وقواعد يجب إتباعها ، منها ما سبق من التنفيذ على النفس ومنها التنفيذ على المال .

والمدين إما أن يكون قد أحاط الدين بماله ، ولم يقم عليه الغرماء بالافلاس ( يعني أعسر بالدفع فقط ) . وإما أن يكون قد أحاط الدين بماله وطلب بعض غرمائه إفلاسه فأُفْلِس بالفعل بعد استيفاء الشروط المطلوبة لذلك شرعًا .

فإن كان قد أحاط الدين بماله ولم يقم عليه الغرماء أو لم يحط الدين بماله ، ولكنه ماطل فإنه يحبس حتى يدفع ما عليه من التزامات صحيحة رأى القاضي وجوب أدائها . فإن طلب إخلاء سبيله فلا يترك حتى يأتي بكفيل ، فإن أحضر كفيلًا غارمًا أجل حبسه ليبيع ملكه أو بعضه فيسدد التزاماته ، وليس للحاكم بيعه لأنه ليس مفلسًا بالمعنى الخاص . فإن باع ودفع أخلى سبيله ، وإن باع ولم يسدد كل التزامه واتهمه الدائن أنه أخفى بعض الثمن حلف ، وأجبر على دفعه ولو بالضرب مرة بعد أخرى ويسجن حتى يدفع ما عليه .

وإن كان قد أحاط الدين بماله وحكم عليه بالإفلاس منع من التصرف في ماله

---

= ص 262 – 264 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265 ) .

( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 – 192 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79 ) .

(1) يحدد الدردير : « الحقوق المتعلقة بالتركة » الشرح الصغير جـ 4 ص 198 .

ويقول ابن رشد بشأن المفلس : « ببيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليًا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه . بداية المجتهد جـ 2 ص 284 ، ويقول الدردير عن المفلس قبل التفليس : « منعه من عدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك » . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 .

وتولى الحاكم أو نائبه بيع ماله من عقار أو عروض أو مثليات بحضرة المفلس بالاستقصاء ( المزاد العلني ) ، والخيار للحاكم ثلاثة أيام لطلب الزيادة في الثمن في كل سلعة إلا ما يفسده التأخير [1] .

وعجل بيع ما خيف فساده بتأخيره كالفواكه أو تغيره عن حالته التي هو بها أو كساده لو تأخر [2] .

وكذا يعجل بيع الحيوان بالنظر؛ لأنه قد يتغير مع الاحتياج إلى مؤنته [3] .

ووجب التأني بالعقار كالشهرين لطلب الزيادة في الثمن ، وكذا عروضه كالثياب والحديد والمعادن [4] ، ثم يباع بعد ذلك بالخيار للحاكم ثلاثة أيام ، فإن باع الحاكم بدون تأنٍّ فللمفلس الخيار في إمضاء البيع أو رده [5] ، ثم يقسم الثمن بين الغرماء بنسبة الدين .

ولا داعي إذن لحجز عقاري على عقار المدين ولا حجز تنفيذي على منقول المدين ولا لحجز ما للمدين لدى الغير؛ لأننا متى حبسنا المدين وسلبنا حريته سيفكر جديًّا في الوفاء لتعود إليه حريته فيرى مصلحته في أي أملاكه يبيع منقولًا أو عقارًا فيتصرف هو بما يراه مصلحة لنفسه هذا إذا كان في ماله وفاء لجميع ديونه .

فإن كان محاطًا بالدين وكان ماله لا يفي وماطل وقام عليه بعض دائنيه لإفلاسه حكم عليه بالإفلاس ، وسلب منه كل تصرف [6] .

---

(1) من أحكام المفلس « بيع ماله وجوبًا إن خالف جنسَ دينْه ، أو صفته ، بعد ثبوت الدين عليه . ويباع ماله بحضرته أي المفلس ، وللحاكم ، تأخير ثلاثة أيام إلا ما يفسده التأخير » . حاشية الدسوقي ، ( 269/3 ، 270 ) .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : وعجل بيعُ ما خيف بتأخيره فساده كالفواكه أو تغيره عن حالته التى هو بها ، أو كساده لو تأخر . ( 142/3 ) .

(3) الشرح الصغير ( 142/3 ) .

(4) واستوفى بعقاره لطلب زيادة الثمن كالشهرين ، وكذا عروضه كالثياب ، والحديد ، والمعادن . الشرح الصغير ( 142/3 ) .

(5) إن باع البائع بدون خيار ، فلكل من المفلس وغرمائه رده لضررهم بذلك . حاشية الشيخ العدوى على الخرشي ( 269/5 ) .

(6) إذا كان محاطًا بالدين وماله لا يفي ، وقام عليه بعض دائنيه لإفلاسه حكم عليه بالإفلاس . ( وترتب على هذا الحجر أمور خمسة : منعه من التصرف المالي ، وحلول المؤجل عليه ، وبيع ما معه من العروض بحضرته ، الشرح الصغير ( 139/3 ) .

فأنت ترى أن تحصيل الديون والوفاء بالالتزامات يتم بكل سرعة ، ولو كان المدين عالمًا بأنه سيسجن إن لم يؤد ما عليه لعمل ألف حساب وحساب لأدائه في أوقاته ، ولكن هذه الأحكام الرخوة غير الحاسمة تزيد اللجاجة في الخصومة والتمادي في طرق ملتوية لا نتيجة لها إلا ضياع الوقت والمال وعدم الوفاء أخيرًا .

**والقواعد العامة للتنفيذ هي :**

1 - يجب أن يكون الدين حالًّا واجب السداد .

2 - يجب أن يكون الدين ثابتًا مقضيًّا به من القاضي .

3 - يجب أن يمتنع المدين من الوفاء بالتزاماته .

ولا يشترط فيه أن يكون مذيلًا بصيغة تنفيذية ، بل يكفي أن يبين في الحكم لزوم الدين ووجوب الأداء إلا إذا رأى ولي الأمر ذلك ، فيجب العمل بما يرى ؛ لأنه من مصلحة الناس المرسلة .

والذي يتحقق به أمر التنفيذ هي الأحكام المثبتة للالتزامات ، وأما الإشهادات فهي لا تخرج عن كونها إقرارًا من المدين لم يتصل بها حكم واجب النفاذ إلا إذا أمر ولي الأمر أن الاعتراف الرسمي يأخذ صيغة الأحكام النهائية ويكون واجب النفاذ ، ولكن في هذا ضياع حق الدفاع من المدعى عليه لجواز أن يكون قد طرأ على هذا الإقرار ما أبطله .

ويقدم المرتهن في ثمن رهنه فيوفي منه دينه منه ثم من يليه من أصحاب حق الامتياز كما سيأتي تفصيله في باب الإفلاس [1] .

## بند [ 125 ] الإعسار والإفلاس

**القانون الفرنسي** : يكون الشخص في حالة إعسار حينما تزيد ديونه عن أملاكه ، ويكون في حالة إفلاس حينما يمتنع عن دفع ديونه ، ويفترق الإعسار والإفلاس كالآتي :

---

(1) يقول ابن رشد عمن أحاط الدين بماله كله : « بل يحبس حتى يدفع إليهم ( للغرماء ) جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم » . بداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

**أولًا** : إن حالة الإفلاس تكون للتاجر فقط وحالة الإعسار تكون لغير التاجر .

**ثانيا** : حالة الإفلاس تتحقق رسميًا بحكم يصدر من محكمة تجارية وحالة الإعسار تكون في حالة واقعية بالفعل .

**ثالثًا** : الإفلاس يكون مخلًّا بالشرف والإعسار ليس كذلك ، ويترتب على الإفلاس سقوط بعض الحقوق المدنية دون الإعسار .

**رابعًا** : نظم القانون الإفلاس بشكل يحفظ حقوق الدائنين ضد مدينهم خصوصًا في تصرفاته ( طريقة الإلغاء ، جمع سلطة التصفية في يد وكيل الديَّانة إلخ ) وذلك بخلاف الإعسار فإن كل دائن حر في حفظه حقوقه والعمل منفردًا كما يرى .

ومع اختلاف الإعسار والإفلاس فإنهما ينتجان ما يأتي :

**أولًا** : الإعسار والإفلاس يفقدان الأجل للمعسر والمفلس فيحل دينه المؤجل .

**ثانيًا** : الإعسار والإفلاس يبيحان إلى دائني زوجة المدين بمتابعتها قضاء كأنها في حالة انفصال في الأملاك من زوجها .

**ثالثًا** : الإعسار والإفلاس يسمحان للبائع بعدم تسليم المبيع إلى المشتري المتصف بهما .

**رابعًا** : الوكالة والشركات ينتهيان متى وجد إفلاس وإعسار .

**الإكراه القضائي .**

الإكراه المدني هو حكم مالي له صفة مؤقتة مخصص إلى الوصول بطريق غير مباشرة إلى تنفيذ التزام بطبيعته بطريق التهديد بعقاب يحتمل معه الانتصار على ممانعة المدين كرسام تعاقد مع آخر لعمل صورة منظر معين في مدة معينة ، ولم يقم بما تعهد به فرفع الدائن الأمر للقضاء فحكم القضاء بدفع 20 فرنكًا عن كل يوم يمضي بدون تسليم الصورة لمدة شهر وبعد مضي الشهر يعودان للمحكمة ، ولها تثبيت الحكم أو جعله تعويضًا عن أضرار التأخير أو إلغاؤه كما ترى ، فهذا الحكم إكراه مدني على التنفيذ بطريق غير مباشر . ولهذا الحكم ثلاث صفات : تهديدي ، مؤقت ، عقابي :

1 - تهديدي ؛ لأن الغرض منه حمل المدين على التنفيذ وهو في الغالب أزيد من التعويض للضرر الذي لحق بالدائن في التأخير .

2 - مؤقت وشرطي ؛ لأنه لا يصير واجب الأداء ، إلا إذا لم ينفذ الدائن ما تعهد به ، ويمكن زيادته متى كان ذلك يحمله على الوفاء ، ويمكن نقصه متى كان له عذر في التأخير.

والإكراه المدني من أعمال المتشرعين في سنة 1824 م ، ثم شاع العمل به بعد ذلك [1] .

## بند [ 126 ] الإعسار والإفلاس

**التشريع الإسلامي** : الإعسار هو عدم وجود ما يفي به المدين التزاماته .

الإفلاس الأعم أن يحيط الدين بمال المدين ولا يطلب أحد الدائنين الحكم بإشهار إفلاسه .

الإفلاس الأخص هو إحاطة الدين بمال المدين والحكم بإفلاسه إجابة لطلب بعض دائنيه [2] بشروط :

1 - حلول الدين .

2 - طلب بعض الدائنين الحكم بالإفلاس .

3 - أن يزيد الدين الحال على ماله ، أو لم يف الباقي بالمؤجل .

4 - وأن يماطل في الدفع بعد حلول الأجل [3] .

فليس للمدين أن يطلب إفلاس نفسه من الحاكم دون طلب أحد الغرماء [4] .

وإذا دفع المدين كل ما معه لدائنيه ولم يخف شيئًا أو أحضر كفيلًا فلا يفلس [5] .

ولا فرق بين الإعسار والإفلاس بالنسبة للتاجر وغير التاجر ؛ فكل منهما يصح

---

(1) انظر البنود من 2021 إلى 2027 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني من الكتاب الرابع عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني .

(2) فرق الدردير بين ما أسماه التفليس العام : وهو قيام الغرماء عليه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ، ويقبل اقراره لمن لا يتهم إذا كان في مجلس واحد أو قريبًا بعضه من بعض ، وبين التفليس الخاص ، وهو خلع ماله لغرمائه . الشرح الصغير ( 3/137 ) .

(3) أشار صاحب الشرح الصغير إلى هذه الشروط بقوله : إن حل الدين الذي هو عليه بعد ثبوته كلًّا ، أو بعضًا فلا يفلس من لم يحل عليه شيء ... و طلبه أي طلبت تفليسه البعض من أرباب الديون ، فالأولى الكل ... و زاد الدين الحال على ماله .. وماطل بعد حلول الأجل ، ولم يدفع ما عليه . الشرح الصغير ( 3/139 ) .

(4) ليس لأحد أن يرفع الأمر للحاكم ، ويثبت عدمه ، ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء . حاشيه الدسوقي( 3/264 ) .

(5) فإن دفع لهم جميع ما بيده ، ولم يتهم بإخفاء شيء لم يفلس بالمعنى الخاص . الشرح الصغير ( 3/139 ) .

أن يكون معسرًا وأن يكون مفلسًا ، وإن كان معنى الإفلاس في التاجر واضحًا لسرعة حركة التجارة ووجوب المحافظة على دوران دولاب الأخذ والعطاء فإن معناه أشد وضوحًا في غير التاجر؛ لأن الثقة بين الناس يجب أن تتوفر في الأخذ والعطاء . والمحافظة على حق الدائن واجبة لا فرق بين دين التجارة وغيرها ؛ فليس كل الديون تجارية على أنه ينتج من عدم إفلاس غير التاجر ضياع حقوق الدائنين ، فإن للإفلاس أحكامًا قاسية قاهرة فيجب أن تطبق على الدين المدني والتجاري (1) .

والإعسار والإفلاس لا يخلان بالشرف ما دام السبب فيهما معروفًا ، ولم يختلس المدين بعض أملاكه أو يتصرف تصرفًا بقصد التخلص من أداء التزاماته ، فيكون لهذا مستحقًّا للتعزير والضرب والسجن حتى يحضر ما اختلسه من ماله بقصد تهريبه لعدم السداد . وأما الإعسار والإفلاس في حد ذاتهما فلا يخلان بالشرف . ويختلف الإفلاس بالمعنى الأعم عنه بالمعنى الأخص في أن المفلس في الأخص تُغَلُّ يده عن أي تصرف في أملاكه حتى ولو بعوض كالبيع والتجارة . وأما المفلس بالمعنى الأعم – وهو من أحاط الدين بماله فقط – فيمنع من تبرع بهبة وصدقة ووقف وإخدام وحمالة ( وكفالة ) وقرض ، ولكن له البيع والشراء وكل تصرف فيه معاوضة (2) .

ويتفق المفلس في المعنيين في أنهما لا يتبرعان ولا يتصرفان بغير عوض ولا يضمنان أحدًا ولا يقرضان كذلك . فإن فعلا فللدائنين الحق في إلغاء تصرفهما ، وكذلك يمنعان من قضاء دينهما قبل حلول الأجل ومن قضاء بعض ديونهما دون البعض ، ويزيد المحكوم بإفلاسه في المنع أنه لا يجوز له أي تصرف ولو بعوض (3) .

---

(1) يقول ابن عسكر : « إذا ادعى المديان الفَلَس وطلب غرماؤه حبسه حُبِسَ ، فإن ثبت عسره أنذره ، فإن ظهر لدده أديم حبسه ، فإن سألوا حجره حُجر عليه ، وانتزع لهم ماله ، وقسم بينهم بالحصاص ، وبحل المؤجل عليه لا له » . إرشاد السالك ص 95 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 32 ، 33 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

يقول الدردير : يمنع المفلس من جواز التصرف في ماله بغير عوض ، ولا يلزمه مالا تجرى العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 33 .

(2) المفلس بالمعنى الأخص هو ماخُلعَ مالُه لغرمائه ، والمفلس بالمعنى الأعم هو ما قام الغرماء عليه ، ولهم منعه حتى البيع ، والشراء . الشرح الصغير ( 137/3 ) .

(3) يمنع المفلس من دفع كل ما بيده لبعض الغرماء . وقد جاء في الخرشي ما نصه : – « المديان إذا أعطى كل ما بيده لبعض الغرماء فإن للباقي أن يمنعوه من ذلك ، ويردوا فعله جميعًا ، ولو كان الأجل قد حل » الخرشي على مختصر خليل ( 264/5 ) .

ويختلف الإفلاس الأعم في أن كل دائن له أن يتخذ ما يراه للحصول على دينه ، وفي الإفلاس الأخص فحكم الجميع واحد ، وهو قسمة مجموع أموال المفلس على نسبة الديون مجتمعة متى استوت درجتها ، ويختلفان في أن المفلس الأخص يحل أجل دينه بمجرد الإفلاس إلا لشرط بعدم الحلول بالإفلاس فيعمل به ، بخلاف المفلس العام فلا يحل دينه المؤجل .

فلو شرط حلول دينه على دائنيه بموته أو فلسه فيعمل بالشرط إن لم يقع في صلب العقد من بيع ، وإلا فسد البيع ؛ لأنه بأجل مجهول .

ولا علاقة بين زوجة المدين ودائنيه إطلاقًا ، إلا إذا كانت كفيلة أو شريكة فتعامل كما يعامل الكفيل والشريك؛ لا لأنها زوجة .

ولمن باع لمفلس بالمعنيين أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستلم الثمن متى كان حالًّا ، فإن كان مؤجلًا فقد حل بالإفلاس فله الامتناع ، وأما المفلس العام فلا . وله أن يطلب كفيلًا بالثمن أو يطلب إفلاس مدينه ، وحينئذ له أن يأخذ عين شيئه نظير ثمنه إلا أن يدفعه له دائنو مدينه فليس له إذن إلا الثمن منهم .

ومعلوم أن الوكالة والشركة يراد فيهما الشخص لذاته ؛ فمتى أفلس الشخص وكان وكيلًا أو شريكًا فلا يؤثر على وكالته؛ لأن الوكالة عقد بين شخصين يتولى الوكيل فيها عملًا لمن وكله [1] ، فإذا كان الوكيل قائمًا بعمله والموكل له ثقة فيه فلا دخل لأحد في شأن الوكالة . والذي يعزله ويقدر عمله مَنْ وكّله ؛ فليس للإفلاس أي علاقة بين الوكيل والموكل والوكالة من حيث هي .

وأما الشريك المفلس فإن كان إفلاسه يجعل الشركة مفلسة فلا شك في نهاية الشركة بمجرد الحكم بالإفلاس . وإن كان إفلاسه في ماله فقط فيؤخذ نصيبه واستحقاقه في الشركة ليكون في سداد دينه . فإن وافق الشركاء أن يقوموا بشركتهم دون هذا المفلس كان بها وإلا فهم وشأنهم في وضع حد للشركة أو إبقائها بدون هذا الشريك المفلس ؛ فلا علاقة بين إفلاس الشريك نفسه وبين الشركة إلا إذا كان إفلاسه إفلاسًا لها أيضًا .

---

(1) الوكالة نيابة في حق غير مشروطة بموت ذي الحق ، وغير إمارة . الشرح الصغير ( 202/3 ) .

## الإكراه القضائي :

ليس في التشريع الإسلامي إكراه قضائي ؛ لأن الذي دعا المشرعين الوضعيين إلى استحداث هذا النوع من الإكراه للوفاء بالالتزامات هو إلغاء الإكراه البدني فاستهتر الناس بما يلتزمونه في تعاقدهم ؛ لأنه لا رادع لهم سوى ذمتهم ومالهم ، أما الذمم فنحن في زمن نبكي فيه حالة المجتمع لبعدهم عن الديانات وغرس أوامرها ونواهيها وزواجرها في نفوسهم صغارًا فشبوا كبارًا على الشره والطمع في أكل أموال الناس بحق وبغير حق .

نحن في سنة 1362 هـ وسنة 1943 م ، ويأتي الدائن للقاضي وبيده سند الدين بخط المدين وإمضائه وشهود ويطلب الحكم له على مدينه فينكر إمضاءه أو خطه ، ويتصنع جميع أنواع الحيل لإخفاق الدائن في الوصول إلى حقه طمعًا في اغتنامه ، فعلى الذمم العفاء !! وأما المال فأبواب تهريبه مفتوحة على مصراعيها ، ويتبعه الهرب من أداء الالتزامات ، فلم يبق إلا الأخذ بتلابيب المدين بذاته والبحث في حاله أمام القاضي ، فإن ثبت إعساره بالأدلة القاطعة ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [1] وإلا وُضِع في السجن حتى يؤدي ما عليه أو يفعل ما التزم به أو يأتي بكفيل غارم ، هذه هي المعاملات التي يجب أن تكون بين الناس فيأمن الناس على أموالهم أخذًا وعطاء وإلزامًا والتزامًا ، فلا إكراه قضائي في التشريع الإسلامي .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 280 .

**( نتيجة المقارنات من بند 118 إلى نهاية بند 126 )**

**يتفق التشريعان في :**

الالتزام في حد ذاته وأقسامه - مادة الالتزام - نتائج الالتزام البسيطة - التنفيذ على النفس وعلى الأملاك ( في الجملة ) - نتائج عملية لحق الرهن العام - الإعسار والإفلاس ( في بعض أحوال ) .

ويختلفان في الإكراه القضائي .

## بند [ 127 ] الحق التابع للدائن أو نظرية تعويض الضرر

**القانون الفرنسي** : نظرية تعويض الضرر ، وهو التعويض المدني الذي يلزم المدين دفعه إلى الدائن بحكم المحكمة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات كلًّا أو بعضًا أو في حالة التأخير ، وبهذا يكون التعويض ناتجًا عن حالتين :

1 - عدم التنفيذ كلًّا أو بعضًا . 2 - في حالة التأخير .

فإن كان الالتزام بأداء شيء غير مبلغ من المال فيحتمل التعويض بحالتيه ، ويشترط لذلك ثلاثة شروط :

**أولًا** : يجب حصول خطأ من المدين ؛ فلا يجب تعويض للدائن إلا إذا كان عدم التنفيذ ناتجًا عن خطأ المدين نفسه ، فإن كان ذلك بقوة قاهرة أو لسبب خارج عن إرادة المدين فلا تعويض ، وعلى الدائن إثبات عدم التنفيذ للالتزامات أو تأخير تنفيذها ، وعلى المدين إثبات أنه نتج عن قوة قاهرة خارجة عن إرادته ليخرج عن مسئولية التعويض .

وأما حالة الحرب في ذاتها فليست قوة قاهرة مانعة من التنفيذ،ولكن إذا استحال التنفيذ بسبب الحرب كانت قوة قاهرة لا إذا كان صعبًا فقط وعليه التنفيذ متى انتهى المانع .

**ثانيًا** : يجب حصول ضرر للدائن : على الدائن إثبات حصول ضرر حتى يحكم بالتعويض والضرر المعنوي في عدم تنفيذ الالتزامات لا تعويض فيه عند علماء القانون ، وعند المتشرعين متى حصل ضرر ولو معنويًّا فيجب التعويض .

وأما الضرر المعنوي الناتج عن الجنحة وما يشبهها فلا خلاف في لزومه .

**ثالثًا** : إنذار المدين بالتنفيذ ، ويتكون ذلك :

1 - إعلان بواسطة محضر إلى المدين من الدائن يدعوه لتنفيذ التزامه .

2 - إنذار من محضر إلى المدين مشتملًا على صورة حكم تنفيذ أو عقد واجب النفاذ .

3 - طلب أمام القضاء وهو المطلوب للتفاهم .

**وفي الأحوال الآتية لا لزوم لطلب التنفيذ من المدين :**

1 - عندما تكون طبيعة الالتزامات لا تحتاج إلى تنبيه كالالتزام بعدم فعل شيء أو كان الالتزام مقصودًا لوقت محدد كلعب الأطفال في أول يوم السنة .

2 - أو كان الالتزام ناتجًا عن رد المسروق فهو ملزم برده بدون تنبيه أو إنذار .

**ونتيجة التنبيه ثلاثة :**

1 - يصبح التعويض مطلوبًا وحالًا .

2 - يحل به الشرط الجزائي عقابًا على عدم التنفيذ .

3 - يتحمل المدين خسارة الشيء المتعاقد عليه متى هلك .

**قيمة التعويض :**

التعويضات تحدد بمعرفة المحاكم المختصة مع ملاحظة القواعد الآتية :

( 1 ) الضرر الثابت .

( 2 ) المكسب الذي لم يتحقق من عدم تنفيذ الالتزام ؛ فإذا تخلف مطرب مثلًا عن حضور حفل يلزمه ما أنفق ، وبما كان يمكن أن يكتسبه الدائن من هذه الحفلة .

فإذا كان عدم التنفيذ راجعًا لخطأ المدين فعليه تعويضه ما نتج عن عدم التنفيذ مباشرة ، أو ما يمكن أن يقدر من الضرر من العقد ، وإن كان عدم التنفيذ نتج عن غش فإنه يتحمل كل ما نشأ من الضرر أو ما ينشأ ما دام ناتجًا مباشرة وبلا واسطة عن عدم التنفيذ ، كمن باع بقرة مريضة غاشًّا المشتري بين أبقاره فماتت وتفشى مرضها في أبقاره فماتوا ؛ فعلى البائع تعويض البقرة المبيعة وتعويض أبقار المشتري التي ماتت بسبب هذه البقرة المريضة [1] .

## بند [ 128 ] تعويض الضرر

**التشريع الإسلامي** : سبق أن شرحنا وجهة التشريع الإسلامي في تعويض الضرر ، وقلنا إن تعويض الضرر كلمة عامة تشمل التعويض الناتج عن إتلاف مال

---

(1) انظر : البنود من 1146 إلى 1155 ، في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 256 ، 257 ، 258 .

الغير عمدًا أو خطأً وهو الجائز النظر إليه والحكم به . وتشمل التعويض الناتج عن عدم التنفيذ للالتزامات كلًّا أو بعضًا أو تأخير التنفيذ . وهذا القسم غير جائز شرعًا ولا يتأتى الوصول إليه؛ لأنه مادام المتعهد في التعاقد يعلم جيدًا أنه مكره لنفاذ ما تعهد به بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ، ولن يتوانى في التنفيذ .

فالالتزام إما أن يكون ناجزًا بتًّا وهذا يجب الوفاء به فورًا ، وإما مؤجلًا لأجل وهذا يجب الوفاء به متى حل الأجل ؛ فمتى نفذ الملتزم ما تعهد به فلا شيء عليه [1] . وإن امتنع عن التنفيذ فإما أن يكون قادرًا على أداء ما التزم به أوْ لا ، فإن كان قادرًا أجبر على النفاذ بحبسه وضربه حتى يؤدي ما عليه ، فإن لم يؤد ما عليه ، وأحاط الدين به ، وطلب أحد الدائنين إفلاسه أفلس وبيعت أملاكه ، وإن كان غير قادر لعسره فلا يسمع مجرد قوله بل لا بد من ثبوت ذلك لدى القاضي ، ومتى ثبت عسره انتظر إلى يسره .

فلا داعي إذًا لإنذار المدين [2] ؛ لأن كل شخص يعرف واجبه ، فإن كان الالتزام مقصودًا لوقت محدد ككراء الدابة لخروج الحجاج بطل الكراء ، ولزم رب الدابة رد الأجر . وأما الشيء المسروق فيجب رده فورًا ؛ فإن تأخر فحكمه حكم الغصب وقد سبق .

وأما الشرط الجزائي فلا حاجة إليه ؛ لأن الإكراه البدني يجعله لا وجود له .

وأما تحمل المدين خسارة الشيء المتعاقد عليه متى هلك فغير صحيح في الجملة ؛ وذلك لأنه بمجرد العقد الصحيح الناجز دخل المبيع في ملك المشتري مثلًا ، فإذا هلك من غير تعدي الملتزم فهو على حساب المشتري ، وإن تأخر الملتزم في التسليم

---

(1) قاعدة : متى نفذ الملتزم ما تعهد به فلا شيء عليه .

(2) بنيت المادة 220 من القانون المدني المصري الأحوال التي لا ضرورة لإعذار المدين فيها ، وهي إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو إذا كان محل الالتزام تعويضًا ترتب على فعل غير مشروع ، أو كان محل الالتزام رد شيء مسروق أو مغصوب ، أو إذا صرح المدين بأنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عدم الحاجة إلى الإعذار .

وقد تناولت الموضوع ذاته المواد 362 أردني ، 258 عراقي ، 299 كويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 71 ) .

وهلك بتعديه فهو ضامن [1] .

وإن كان الالتزام ليس ناجزًا بل مؤجلًا لأجل ، أو كان فيه الخيار ، أو كان فيه حق توفية ككيل ووزن وعد فضمانه من الملتزم حتى يسلمه للملتزم له [2] .

فليس التأخير عن التسليم والإنذار في حد ذاته ملزمًا للمتعهد بتحمل الخسارة [3] .

## بند [ 129 ] مادة التعاقد مبلغ من المال

**القانون الفرنسي** : نوع واحد من التعويض يمكن الحكم به في عدم تنفيذ الالتزام إذا كان بمبلغ من المال وهو فائدة التأخير . والشرط الوحيد في لزوم فائدة التأخير هو التنبيه على المدين بالوفاء ، وليس على الدائن إثبات الضرر اللاحق به ؛ لأن القانون فرضه . وليس للمدين إثبات أن عدم الوفاء جاء بقوة قاهرة . والتنبيه يكفي فيه إعلان بسيط بأداء الالتزامات . وفي الباقي الواجب الدفع بعد حساب القاصر في ذمة وصيه ، وفي ثمن المبيع من وقت تسليم الشيء المبيع [4] إلى المشتري ، وفي مبلغ أخذ من مال جمعية أنفق في صالح من أخذه ، وفي كل هذا تسري الفائدة بدون تنبيه .

## مقدار التعويض في فائدة التأخير :

قدر القانون التعويض في المواد التجارية 6 ٪ وفي المواد المدنية 5 ٪ . وقد أجاز

---

(1) تناولت المادة 207 من القانون المدني المصري ما يترتب على عدم القيام بالالتزام من تبعة ، ونصها :

1 - إذا التزم المدين أن ينقل حقًّا عينيًا أو أن يقوم بعمل . وتضمن التزامه أن يسلم شيئًا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

2 - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا ثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . مالم يكن المدين قد قبل أن يتحمل قيمة الحوادث المفاجئة .

3 - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن قيمة الهلاك تقع على السارق .

والمادة تقابلها المادة 287 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 71 ) .

(2) الملك للمبيع بالخيار في زمنه للبائع ، والضمان منه . الشرح الصغير ( 55/3 ) .

(3) انظر في الضمان الناشئ عن التعدي على العارية من المستعير . الشرح الصغير جـ 3 ص 233 ، وهناك أمثلة أخرى كثيرة عن ضمان ما أُتلف من مال الغير . راجع مثلًا : تبصرة الحكام لابن فرحون جـ 1 ص 230 وما بعدها .

(4) في الأصل : [ المباع ] .

القانون الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالالتزام زيادة عن الفائدة المذكورة متى كان امتناع المدين بسوء نية .

ويجوز اتفاق الطرفين مقدمًا على ما يجب دفعه عند التأخير وحينئذ يكون واجب النفاذ في المواد التجارية مهما كان الشرط ، ويشترط عدم تجاوزه 5 ٪ في المواد المدنية .

## الربح المركب :

وهو ضم الربح إلى الأصل واحتساب فوائد لهما سنويًّا كقرض 100 جنيه بفائدة 5 ٪ وبمضي السنة الأولى يصير 105 جنيهات ، وفي السنة الثانية تحتسب فائدة 105 جنيهات وتضم إليها وهكذا ، وهذا خطر عظيم يهدد المدين ؛ ولذا منعها القانون الروماني ، وأباحها القانون الفرنسي بشروط ثلاثة :

1 - يجب أن تكون الفائدة المراد أخذ فائدة عنها قد حلت واستحقت الدفع فلا يصح شرط أن كل فائدة تحسب لها الفائدة مقدمًا .

2 - يجب أن تكون الفائدة وجبت لمدة سنة على الأقل .

3 - يجب أن يكون هناك اتفاق أو طلب أمام القضاء [1] .

### بند [ 130 ] مادة التعاقد مبلغ من المال

**التشريع الإسلامي** : سبق أن ذكرنا أن مبنى التشريع الإسلامي على تحريم الربا - وهو كل ما زاد عن أصل مالك - دعوة منه إلى أن يعمل كل شخص في هذه الحياة عملًا فعليًّا يدر عليه ربحًا أو يتعرض فيه للخسارة؛ لأن خوض غمار الحياة يعرض المرء للمكسب والخسارة ، أما التعامل بالربا فهو محرم بنص القرآن الكريم : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [2] والحديث : ثلاثة لا يكُنّ إلا لله : الجاه ، والمال ، والولد ؛ على أن بعض علماء الاقتصاد السياسي قد ذهب هذا المذهب وحبذه ودعا إليه؛ لهذا كان واجب الملتزم أداء ما التزم به ، وإلا حبس حتى يدفع

---

(1) انظر : البنود من 1146 إلى 1155 في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 256 : 258 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 275 .

إن لم يكن معسرًا ، وإلا فنظرة إلى ميسرة [1] .

### بند [ 131 ] الشرط الجزائي

**القانون الفرنسي** : الشرط الجزائي هو شرط في العقد يتعهد فيه الملتزم بأنه إذا لم يف بما تعهد به يدفع كذا ، كمن تعهد بالتمثيل في محل معين واشترط إن تأخر يدفع 100 جنيه .

والغرض من الشرط الجزائي حمل الملتزم على الوفاء بتعهداته والاحتراس من تقدير القضاء في التعويض عند الالتجاء إليه .

والشرط الجزائي تابع للتعاقد الأساسي بمعنى أن إلغاء العقد الأساسي ينتج إلغاء الشرط الجزائي لا العكس ، وبما أن الشرط الجزائي هو عبارة عن التعويض الذي تقضي به المحاكم فلا يجب الشرط الجزائي إلا إذا وجب التعويض يعني :

1 - ينبه المدين .

2 - يكون قد ارتكب خطأ في التنفيذ . فإن كان عدم التنفيذ لقوة قاهرة فلا ينفذ الشرط . ومتى تحقق الشرط الجزائي فللدائن الحق في قبض مضمون الشرط فقط لا أكثر ولا أقل ، إلا إذا كان عدم التنفيذ نتج عن غش الملتزم ؛ فللدائن إثبات أن الشرط الجزائي لا يوازي ما أصابه من ضرر فيُحكَم له بأزيد ، وليس للمحاكم النظر فيما قدره الطرفان ، فقط لها النظر فيما بقي إذا تنفذ بعض الملتزم به .

شرط عدم مسئولية الملتزم يخالف القانون العام في الغش والخطأ الفاحش فلا ينظر إليه قانونًا ، وأما في الخطأ الخفيف فيعمل به [2] .

### بند [ 132 ] الشرط الجزائي

**التشريع الإسلامي** : لما كان المتعاقد في شك من وفاء من تعاقد معه ؛ لأنه لا

---

(1) يقول الدردير : حرم في عين وطعام ربا فضل أي زيادة ولو مناجزة إن اتحد الجنس فيهما؛ فلا يجوز درهم بدرهمين ولا دينار بدينارين ولا صاع قمح مثلًا بصاعين ولو يدًا بيد . الشرح الصغير جـ 3 ص 13 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 91 وما بعدها ، بداية المجتهد جـ 2 ص 193 وما بعدها .

(2) انظر : البنود من 1226 إلى 1233 ، في الفصل الثالث ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 274 : 276 .

جبر له بغير التنفيذ على ماله اخترع المتشرعون أو أجازوا الشرط الجزائي ؛ ليكون مخيفًا نوعًا للملتزم حتى يوفي بالتزامه ، لكن هذا قد يكون مقبولًا إذا كان المدين مليئًا ، فإن كان معسرا فما فائدته ؟ لا فائدة فيه ، ولو أن التنفيذ الجسماني لا زال باقيًا لما احتاج الناس إلى التوثق بما يسمى شرطًا جزائيًا ؛ لهذا كان بعيدًا عن التشريع الإسلامي الذي لا يرى إلا الجد في المعاملات ، ولا يرى إلا التنفيذ الجسماني ، وهو الكفيل بتنفيذ كل تعهد وأدعى إلى اطمئنان كل متعاقد .

وأخيرًا لا يرى التشريع الإسلامي حِلَّ أخذ مال الناس إلا بمقابل يصح أن يكون مقومًا كمال أو تبرعًا [1] ، وأما التأخير فليس متقومًا ، ولا يصح التعويض عنه فضلًا عن أنه لا يصار إليه ما دام التنفيذ مضمونًا على الجسم الذي يفتديه الشخص بجميع ما يملك .

وأما شرط عدم مسئولية الملتزم ففيه تفصيل :

1 - إذا كان المبيع غائبًا على الصفة أو برؤية متقدمة فضمانه من المشتري بالعقد إن كان عقارًا ولو بيع على المقاس ، وأدركته الصفقة سالمًا إلا لشرط فيعمل به بأن اشترط الضمان على المشتري إذا تخلف شرط أو على البائع فعليه [2] .

فإن كان المبيع غير عقار أو أدركته الصفقة غير سليم فضمانه من البائع إلا لشرط .

2 - إن تعاقد البائع مثلًا على التبري من العيوب فلا ينفعه التبري من عيوب سلعته ، فإن باع سلعة على أنها ليس بها عيب ، وإن ظهر بها عيب لم ترد عليه لم

(1) قاعدة : لا يصح أخذ مال الناس إلا بمقابل يصح أن يكون مقومًا كمال أو تبرعًا .

(2) لم يتناول الفقهاء المسلمون موضوع الشرط الجزائي الذي يقوم على اتفاق المتعاقدين على قيمة التعويض عن الضرر عند الإخلال بالوفاء بما يوجبه العقد . والأقرب إلى القواعد التي نصوا عليها عدم جواز الشرط الجزائي ؛ لأن التعويض عندهم مرتبط بالضرر الفعلي ، وليس بالضرر الذي يتوقعه الطرفان .

ومن جهة أخرى فإن منفعة النقود غير مقومة ، ولو وجبت الغرامة في التأخير فيها لكان ذلك من الربا . ولعل هذا هو ما كان في ذهن المؤلف عندما صاغ رأيه في الشرط الجزائي . ومع هذا فهناك أبحاث معاصرة انتهت إلى قبول فكرة الشرط الجزائي من وجهة الفقه الإسلامي . وقد تناولت هذا الموضوع المواد 223 مدني مصري ، 302 كويتي ، والمادة 364 من القانون المدني الأردني ، ونصها : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون .

ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر . ويقع باطلًا كل اتفاق يخالف ذلك .

يُعْمَل بهذا الشرط [1] ، وللمشتري الرد بما وجده فيها من العيب القديم ولا تنفعه البراءة إلا أن يفعل المشتري ما يدل على الرضاء بالعيب بعد الاطلاع عليه ، فإن فات المبيع حسا أو معنى فالمشتري أرش [2] العيب .

3 – ضمان ما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه في عقد العارية والرهن ولو شرط نفي الضمان على الأرجح ، ولا يضمن مالا يغاب عليه ولو شرطه المعير والراهن . والقول للمستعير أو المرتهن في التلف أو الضياع [3] إلا لقرينة تكذبه [4] .

(1) تناولت المادة 453 من القانون المدني المصري حق العاقدين في زيادة الضمان عند ظهور عيب بالمبيع ، وحقهما في إنقاص هذا الضمان أو إسقاطه . ولكن يقع مثل هذا الاتفاق باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه . ومعنى ذلك أن من حق المشتري أن يعبر عن رضاه بما ظهر له من عيوب عند الشراء ، ولا يحق له بذلك أن يطالب بالرد بخيار العيب ، لسقوط هذا الخيار بالرضا بالعيب . ويتفق ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي ، كما يتفق مع ما جاء في المواد 342 ، 343 من مجلة الأحكام العدلية و 517 ، 518 من مرشد الحيران ؛ فقد نصت المادة 517 من مرشد الحيران على أنه « إذا ذكر البائع أن في المبيع عيبًا فاشتراه المشتري بالعيب الذي سماه له فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر ولو قبله المشتري بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر » .
أما في حالة تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشًا منه فيبطل شرط إسقاط الضمان أو إنقاصه . انظر المذكرة الإيضاحية للمادة 95 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ، حيث جاء فيها أن شرط براءة البائع من العيوب لا يعفيه إلا من العيوب التي لا يعلمها ، أما العيوب التي علمها وأخفاها عن المشتري فلا يبرأ منها ؛ لأن هذا من باب الغش .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 143 ، 144 ) .
(2) أرش العيب : هو ما يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع . قال القتيبي : يقال لما يُدْفَع في الفرق بين السلامة والعيب في السلعة أَرْش ؛ لأن المبتاع للثوب على أنه صحيح إذا وقف فيه على خرق أو عيب استحق الأرش . وليس للأرش قدر معلوم . انظر لسان العرب مادة ( أرش ) .
(3) تناولت المادة 638 من المصري أحكام الضمان في العارية ، ونصها :
1 – لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار ، إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان ، أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق .
2 – ولا ضمان عليه كذلك في العيوب الخفية ، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب ، أو إذا ضمن سلامة الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك .
وقد تناولت ذلك المادة 850 من التقنين العراقي والمادتان 652 و 658 من التقنين الكويتي .
وفي نطاق الفقه الإسلامي يمكن أن يقاس حكم الضمان في العارية على ما هو مقرر في الهبة ، فكلاهما عقد تبرع . فكما أن الواهب لا يضمن الاستحقاق في العيوب الخفية ، فكذلك المعير . أما الحالات المستثناة فسندها القواعد العامة في الضمان .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 331 ) .
(4) جاء في باب الرهن من الشرح الصغير « وضمنَ الرهنَ مرتهنٌ إن كان الرهن بيده ، وهو مما يغاب عليه ، =

4 - شرط الضمان على الوكيل باطل ويفسد الوكالة [1] .

فشرط عدم مسئولية الملتزم ( يعني عدم الضمان ) فيما تقرر فيه الضمان شرعًا باطل ، ولا يُعْمَل به ، وشرط المسئولية للملتزم ( يعني الضمان ) فيما تقرر فيه عدم الضمان شرعًا باطل ولا يعمل به .

## بند [ 133 ] نظرية الخسارة

**القانون الفرنسي** : نظرية الخسارة هي معرفة من المسئولُ الملتزمُ أو الملتزَمُ له عند فقد مادة الالتزام أو تلفها الناتج عن قوة قاهرة أو حادث عرضي .

ولتحقيق هذه النظرية يجب تحقق ثلاثة شروط :

**أولًا** : يجب أن تكون مادة الالتزام جسمًا معينًا أو عينا محدودة ؛ فلو كانت من شيء له جنس كالقمح مثلًا فلا تتحقق نظرية الخسارة ، فإن تلف فعليه مشترى بدله من السوق .

**ثانيًا** : يجب أن يكون هذا الجسم المعين هو موضوع الالتزام .

**ثالثًا** : يجب أن يكون التلف أو الضياع نتج عن شيء طارئ أو قوة قاهرة لا دخل للملتزم فيها ، وتكون خارجة عن إرادته وليست منسوبة له .

وفي القانون الروماني التعاقد لا يكفي لنقل الملكية بل لابد من التسليم ؛ فإذا مات أو تلف أو فُقِد الملتزمُ به فهو في ملك الملتزم ، والملتزم له ما هو إلا دائن بما دفع .

وفي القانون الفرنسي تنتقل الملكية لمادة الالتزام بمجرد التعاقد ، فليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء بالتزامه حيث إن مادة الالتزام غير موجودة ، وليس له طلب تعويض ؛ لأن فقده أو تلفه حصل بقوة طارئة أو قاهرة . وهذا في عقد الالتزام من الطرفين .

وللبائع مثلًا طلب ثمن المبيع أيا كان الحال ولو مع عدم تسليم المبيع لفقده أو تلفه ، ولكن الملتزم مسئول ، ويبقى مسئولًا في الأحوال الآتية :

---

= أي إخفاؤه عادة كالحلي ، والثياب ، ولم تقم على هلاكه بينة ، ولو اشترط البراءة من الضمان . الشرح الصغير ( 133/3 ) .

وجاء في باب الإعارة من الشرح الصغير قوله : « وضمن المستعير ما يغاب كالحلي والثياب مما شأنه الخفاء ، ولو شرط نفي الضمان عن نفسه على الأرجح ، والقول له في التلف أو الضياع إلا لقرينة تكذبه . الشرح الصغير ( 231/3 ، وما بعدها ) .

(1) قاعدة : الضمان على الوكيل باطل ويفسد الوكالة .

**أولًا** : إذا ذكر عدم مسئولية الملتزم إليه صراحة في التعاقد ، فيكون الملتزم هو المسئول .

**ثانيًا** : إذا كان الفعل الطارئ حدث لمادة الالتزام من إهمال الملتزِم ، كمن ترك الاحتياط فحصلت سرقة لذلك الشيء فيكون الملتزم مسئولًا .

**ثالثًا** : متى حصل تنبيه من الملتزَم إليه إلى أن يسلم مادة الالتزام ولم يسلمها وتلفت فيكون الملتزم مسئولًا ، فإن سلمها وتلفت عند الملتزم له فلا مسئولية على الملتزم (1) .

## بند [ 134 ] نظرية الخسارة

**التشريع الإسلامي** : نظرية الخسارة في التشريع الإسلامي هي الضمان؛ لأنها معرفة من المسئول الملتزِم أو الملتزَم له عند فقد مادة الالتزام أو تلفها الناتج عن قوة قاهرة أو حادث عرضيَ مجهول ، وفي معرفة المسئول - يعني من الضامن - يجب معرفة التفصيل الآتي ؛ لأن الأحكام فيها تختلف :

**أولًا** : إذا كان الالتزام بتًّا لا خيار فيه ، ووقع العقد صحيحًا ، ولم يكن فيه حق توفية ، ولم يكن موضع الالتزام غائبًا ( يعني مبيعًا على الصفة مثلًا ) ولم يكن بيع ثمار قبل أمن جائحة فضمان مادة الالتزام تنتقل إلى الملتزَم له ، يعني المشتري مثلًا ، بمجرد العقد . فمن اشترى حصانًا بيعًا باتًّا لا خيار فيه ، واستوفي العقد شروطه وأركانه انتقل الضمان إلى المشترى - ولو لم يقبضه - فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشتريه ما لم يتسبب أحد في ذلك ، وإلا فعلى المتسبب .

**ثانيًا** : إذا وقع الالتزام على الخيار وكان عقدًا صحيحًا فيبقى ملك مادة الالتزام لصاحبها وهو البائع فضمان المبيع إذًا من البائع . ولو قبضه المشتري زمن الخيار وتلف ضمن ما يغاب عليه ، إلا إذا أثبت أن تلفه بغير تعديه فلا ضمان عليه . كما أنه لا ضمان فيما لا يغاب عليه ، وبمضي مدة الخيار دخل في ضمان المشتري ولو لم يقبضه (2) .

---

(1) انظر : بند 1302 وبند 1303 ، في الفصل السادس ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 293 ، 294 .

(2) جاء في الشرح الصغير : - « والملك للمبيع بالخيار في زمنه للبائع والضمان منه . ولو قبضه المشتري وادعى ضياعه زمن الخيار ضمن فيما يغاب عليه ، إلا لبينة تشهد بضياعه بلا تفريط من المشتري فلا يضمن . الشرح الصغير ( 55/3 وما بعدها ) .

**ثالثًا** : إذا وقع العقد فاسدًا فلا ضمان على الملتزم له [1] إلا إذا قبض مادة الالتزام فهو ضامن بقبضه . وإن وقع العقد مع فضولي ، أو صغير ، أو عبد ، أو سفيه بغير إذن وليهم فالضمان فيه ينتقل إلى الملتزم له بعد إجازة المالك ، والسيد ، والولي كالالتزام مع الخيار .

**رابعًا** : إذا كان الملتزم به فيه حق توفية كمكيل ، أو موزون أو معدود فتنتقل ملكية الملتزم به إلى المشتري بمجرد العقد ، لكن لا يدخل في ضمانه إلا بالقبض . فما دام لم يقبضه فالبائع ضامن ؛ والتلف والخسارة على البائع ، ويستمر ضمان البائع له حتى يفرغ في أواني المشتري . فإذا هلك أو تلف بيد البائع عند تفريغه فضمانه على البائع ولو تولاه المشتري عدًّا أو كيلًا أو وزنًا نيابة عن البائع [2] .

**خامسًا** : إذا كان عقد الالتزام تم على الصفة أو على رؤية سابقة للعقد كأن كان المبيع غائبًا في غير العقار ، أو كان موضع الالتزام حبسه البائع عنده نظير الثمن بعد تمام العقد ، أو كان محل الالتزام ثمارًا بعد بُدُوِّ صلاحها ، أو كان محل الالتزام حبسه الملتزم للإشهاد على البيع مثلًا ، ففي كل هذه الأحوال لا يدخل محل الالتزام في ضمان الملتزم له إلا بالقبض ، وأما قبل القبض فضمانها من الملتزم .

فمتى كان المبيع شيئًا معينًا مقومًا ليس موصوفًا في الذمة ، وليس فيه حق توفية كما سبق دخل في ضمان الملتزم له . فإن هلك فهو على حسابه ولا مسئولية على الملتزم إلا إذا تعدى فيضمن بتعديه لا بالعقد [3] .

وإن تلف المبيع المعين بيعًا صحيحًا وقت ضمان البائع له لكونه فيه حق توفية أو كان غائبًا أو ثمارًا قبل أمن الجائحة ، وكان تلفه بسماوي بطل البيع ، ولا يلزم البائع الإتيان بمثله . فإن كان موصوفًا في الذمة كالسلم لزمه الإتيان بمثل ما في ذمته .

---

(1) قاعدة : العقد الفاسد لا ضمان على الملتزم فيه إلا إذا قبض .

(2) ما كان فيه حق توفية ، فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . بداية المجتهد ( 185/2 ) .

(3) يقول ابن رشد عن ضمان المبيع في مدة الخيار : قال مالك : مصيبته من البائع . والمشتري أمين . وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب : إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لا يغاب فضمانه من البائع . راجع تفصيلات أكثر في بداية المجتهد جـ 2 ص 210 ص 211 ، الشرح الصغير جـ3 ص 55 وما بعدها .

فإن أخفى الملتزم مادة الالتزام وقت ضمانه وادعى هلاكها ، وكان البيع على البت ، ولم يصدقه المشتري ، بل ادعى أنه أخفاه وأن دعواه الهلاك لا أصل لها ، ونكل البائع عن اليمين فإن المشتري يخيَّر بين الفسخ لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التمسك به ، ويطالب البائع بمثله أو بقيمته . ولو كان البيع على الخيار لزم البائع الثمن ، ولا خيار للمشتري لأن السلعة في الخيار باقية على ملكية البائع . ولو كانت السلعة محبوسة بالثمن أو للإشهاد فيضمنها البائع ضمان الرهن ؛ إذ لا تخيير للمشتري فيها ، وإنما له القيمة بالغة ما بلغت [1] .

---

(1) تناولت المادة 437 من القانون المدني المصري أحكام هلاك المبيع قبل التسليم ، ونصها : « إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » .

وهو ما تناولته المواد 478 و 479 و 480 من التقنين الكويتي .

فالمادة 478 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن ، وذلك مالم يكن الهلاك بعد إعذاره المشتري لتسلم المبيع » .

والمادة 479 تنص على أنه « إذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد العاقدين فيه ، كان للمشتري الحق في إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فإذا كان الهلاك أو التلف جسيما بحيث لو كان موجودًا عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع . وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعذاره المشتري لتسلم المبيع » . والمادة 480 تنص على ما يأتي :

« وإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلي البائع ، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو إنقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض » .

وتناولت أحكام هلاك المبيع كذلك المواد 500 و 501 و 502 من التقنين الأردني .

فالمادة 500 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن .

2 - فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ العقد أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن .

والمادة 501 تنص على ما يأتي :

1 - إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضًا للمبيع ولزمه أداء الثمن .

2 - إذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه .

والمادة 502 تنص على ما يأتي :

1 - « إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته .

2 - وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية :

=

فإذا كانت مادة الالتزام شيئًا معينًا كحصان أو بيت مثلًا وتلف أو هلك بسبب خارج عن إرادة الملتزم ، وكان البيع بتًّا لا على الصفة في غير العقار ، فإن ضمانه من المشتري ؛ لأنه بمجرد العقد دخل في ملكه ، وانتقل الضمان إليه ، وللبائع طلب الثمن ؛ لأنه لا دخل له في التلف أو الضياع .

وقد عاد المشرع الوضعي للنغمة المتفق عليها من ذكر التشريع الحديث والتشريع الروماني ، ولكن ذكر التشريع الإسلامي الذي عنه أخذت هذه القاعدة التي هدمت التشريع الروماني ممنوع حتى ولا وجود له ، أيها المكابرون المتعنتون اعترفوا بالحق لأهله ولو كفرتم به ، ففي الواقع إن هذا التشريع هو التشريع الإسلامي لحمًا ودمًا قلتم ذلك أم جحدتموه ؛ لأنه ما كان لكم من تشريع وقت أن كان التشريع الإسلامي في بلادكم وقد كنتم مضطرين للأخذ به ؛ لأنه أقرب للعقل السليم ، وموافق لمصلحة التعامل ، وأرفق بحال العباد . أخيرًا أتأسى بقول الله عز وجل : ﴿ وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [1] .

وليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء ؛ فقد [2] وفى بالتزامه ودخل في ضمان الملتزم له ، وليس له طلب تعويض ؛ لأن الملتزم لم يتسبب لا في التلف ولا في الضياع .

---

= ( أ ) فسخ البيع .

( ب ) أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف .

( ج ) إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف .

وقد تناولت الموضوع ذاته المادة 547 من التقنين العراقي ، ونصها :

1 – إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم كتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن .

2 – على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملًا في الحالة الأولي ، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 133 ، 134 ) .

(1) سورة الصف الآية رقم 8 .

(2) قاعدة : ليس للملتزم له جبر الملتزم على الوفاء بالأشياء التي وفى بالتزامه فيها .

وضمان المبيع غائبًا على الصفة أو برؤية متقدمة من المشتري بالعقد إن كان عقارًا ولو بيع على المذارعة وأدركته الصفقة سالمًا وإلا فمن البائع ؛ إلا لشرط في الضمان فيعمل به ( إن اشترطا أن الضمان على البائع فهو عليه ، وإن اشترطا أنه على المشتري فهو على المشتري ) [1] .

وشرط الضمان فيما فيه أمانة لاغ ولا يُعْمَل به كشرط ضمان الوكيل ، أو المودع ، أو المرتهن ، أو المستعير فلا ضمان عليهم ، ولو اشترِطَ ذلك ؛ لأن يدهم يد أمين إلا إذا تعدوا فيضمنون تعديهم .

فإذا لم تكن يد الملتزم يد أمين فحكمه كالتفصيل السابق [2] . وإن لم يكن هناك شرط ولكن الملتزم تعدى – حتى ولو كانت يده يد أمين – فإنه يضمن بلا نزاع ، وكذا لو أهمل أو لم يتعهد ما تحت يده وحصل تلف فهو ضامن .

---

(1) يدخل ضمان المبيع غائبًا على الصفة ، أو برؤية متقدمة على المشتري بمجرد العقد إن كان عقارًا ولو بيع على المذارعة .. وأدركته الصفقة سالما ، وإلا يكن عقارًا ، أو أدركته الصفقة معيبًا فمن البائع الضمان إلا لشرط فيهما . الشرح الصغير ( 13/3 ) .

(2) تناولت المادة 639 من القانون المدني المصري حق المستعير في استعمال الشيء المعار ، ونصها :

1 – ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقًا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف . ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

2 – ولا يكون مسئولًا عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف بسبب الاستعمال الذي تبيحه العارية .

انظر المذكرة الإيضاحية للنص المقابل في المشروع التمهيدي للتقنين الحالي ( م 856 ) في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 4 ص 676 .

وهو ما تناولته المواد 851 و 852 و 859 من التقنين العراقي والمادتان 772 و 1/773 من التقنين الأردني ، المادة 653 من التقنين الكويتي .

وقد نصت المادة 772 من مرشد الحيران على أنه « إذا حدث من استعمال العين المستعارة عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا يضمن المستعير قيمة ذلك النقصان إذا استعملها استعمالًا معهودًا معروفًا ، وإنما يضمنه باستعماله فوق المعتاد » .

ونصت المادة 1312 من مجلة الأحكام الشرعية على أنه « لا ضمان على المستعير إذا تلفت العارية أو بعضها باستعمالها بمعروف واستيفاء منافعها التي أتيحت له نصًا أو عرفًا ، أما لو تلفت بفعل غير مأذون كان متعديًا ضامنًا » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 235 ) .

فإن دخل الملتزم به في ضمان الملتزم له وطلب استلامه ، وماطل الملتزم حتى تلف فالملتزم ضامن ؛ لأنه بعدم التسليم كان متعديًا فهو ضامن لتعديه .

**بند [ 135 ] نظرية دعوى المدعي باسم مدينه**

**القانون الفرنسي** : علمنا أن أموال المدين وقت تعاقده وبعد التعاقد تكون ضمانا لما تعاقد عليه . ولكن يحدث أن المدين يهمل إدارة أملاكه والمحافظة على حقوقه فلا يرفع الدعاوى على الغير لمصلحته ، فأعطى القانون للدائن الحق في الادعاء مكان مدينه وباسم مدينه وهي الدعوى المسماة ( الدعوى مكان الدائن وباسمه ) ( دعوى أبليك ) .

ويمكنه أن يرفع دعوى إبطال تصرفات مدينه التي أراد بها الإفلات بماله من ضمان حقوق المدين وتسمى ( دعوى بولين ) .

**التشابه والاختلاف بين الدعوى باسم المدين ( دعوى أبليك ) ودعوى إبطال التصرفات ( دعوى بولين ) :**

أما التشابه بين الدعويين فهو أنهما مُنحا للدائن للمحافظة على ضمان أموال مدينه وفاء لالتزاماته من الأموال الحاضرة والمستقبلة ، وأما اختلاف الدعويين فهو :

**أولًا** : أن رفع الدعوى باسم المدين ( دعوى أبليك ) هي لحماية الدائن من إهمال مدينه في عدم محافظته على حقوقه قبل الآخرين . وأما دعوى إبطال التصرفات ( دعوى بولين ) فهي لحماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة بضمان أمواله ( ما التزم به للدائن ) .

**ثانيًا** : أن دعوى الدائن باسم مدينه هي دعوى ترفع باسم المدين ، ويكون الدائن نائبًا عنه قانونًا في رفعها ، فهي تخص المدين من كل ناحية ، وإنما يرفعها الدائن ليحافظ بها على حقوقه هو . ودعوى بطلان التصرفات الضارة من المدين إنما تُرفع من الدائن وباسمه هو فهي تخصه من كل ناحية ؛ لأنها ترفع على المدين ومن تصرف له [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول ص 259 ، 260 .

## بند [ 136 ] نظرية دعوى المدعي باسم مدينه

**التشريع الإسلامي** : يعتبر التشريع الإسلامي مال المدين وفاء لما التزمه للغير [1] ، وجعل للدائن حق المحافظة على ماله بمراقبته على تصرفات مدينه ، فما دام المدين يملك أكثر من دينه فلا يمنعه أحد في تصرفه [2] ، وليس لأحد عليه سبيل إلا إذا تبرع بما يضعف مقدرته على السداد بنقص ماله عن الدين ؛ فللغرماء الدخول إذًا ومنعه من هذا التبرع . والمديان أو الملتزِم له أحوال :

1 - ماله كثير ودينه قليل ، يتصرف كما يشاء بعوض وبغير عوض إطلاقًا في جميع التصرفات [3] إلا إذا تبرع بما ينقص قدرته على الدفع فللدائنين منعه [4] .

2 - ماله قدر دينه أو أحاط الدين بماله فيتصرف بعوض فقط ولا يهب ، ولا يتصدق ولا يوقف ، ولا يضمن ، ولا يعطي قراضًا فلو فعل فلدائنيه طلب إبطال تصرفه من الحاكم محافظة على مال غريمهم للوفاء منه كما يمنع من قضاء بعض ديونه أو قضائها قبل الأجل [5] .

3 - أحاط الدين بماله وأشهر إفلاسه فلا تصرف له إطلاقا لا تبرعًا ولا

---

(1) قاعدة : مال المدين وفاء لما التزمه للغير .

(2) جاء في الشرح الصغير قوله : « ولو كان ما معه أكثر من الدين فليس لهم منعه » . الشرح الصغير ( 137/3 ) .

(3) تناولت المادة 239 من القانون المدني المصري ما يجب على الدائن إثباته في دعواه إحاطة الدين بمال المدين ، وهو ما تناولته المادة 265 من التقنين العراقي . والمادة 313 من التقنين الكويتي .

وهو كذلك ما تناولته المادة 372 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا ادعى الدائن إحاطة الدين بمال المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالًا يزيد على قيمة الديون » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79 ) .

(4) لو كان ما معه أكثر من الدين فليس لهم منعه إلا أن يتبرع بما ينقص ما له عن الدين ، فلهم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه ... إلخ الشرح الصغير ( 137/3 ) .

(5) تناولت المادة 238 من القانون المدني المصري منع المدين من قضاء ديونه المؤجلة قبل حلول آجالها ، وهو ما تناولته المادة 264 من التقنين العراقي ، والمادتان 311 و 312 من التقنين الكويتي .

وكذلك المادتان 370 و 371 من التقنين الأردني وقد تقدم ذكرهما .

انظر المواد 959 و 961 و 999 و 1001 و 1002 من المجلة العدلية .

( وانظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79 ) .

بمعاوضة ، ولدائنيه الحق في إبطال تصرفاته التي حصلت بعد إحاطة الدين بماله [1] .

فللدائنين الحق في رفع دعوى إبطال تصرفات المدين في حالة إحاطة الدين بماله وفي حالة الإفلاس من بابٍ أولى ، وللدائنين الحق في إبطال عقوده والتزاماته التي تضر بديونهم يعني التي من شأنها إضعاف قدرة السداد لديونه [2] ، ولهم الحق في الدعوى مكانه في المطالبة بحقوقه التي أهملها .

---

(1) يقول ابن جزي عن أحكام المفلس أنه يحجر عليه ؛ فلا ينفذ تصرفه في ماله ، فإن تصرف فيه بعد الديون وقبل التفليس نفذ ما كان من تصرفه بعوض كالبيع ، ولم ينفذ ما كان بغير عوض كالهبة والعتق . واختلف في جواز رهنه وقضائه بعض غرمائه دون بعض . وأما بعد التفليس فلا ينفذ شيء من أفعاله سواء كان بعوض أو بغير عوض . القوانين الفقهية لابن جزي ص 237 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 137 .

(2) تناولت المادة 237 من القانون المدني المصري ، والمادة 240 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع منع المدين من التصرف الضار بالغرماء ، وهو الموضوع الذي تناولته المادة 263 من التقنين العراقي . والمادة 310 من التقنين الكويتي .

والمادتان 370 و 371 من التقنين الأردني . فالمادة 370 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالًّا أو مؤجلًا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة 371 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطالبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم . ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه – الحالة منها والمؤجلة – أزيد من ماله أو مساوية له . ( الخرشي جـ 5 ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 و 263 ) .

ثانيًا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله . ( الحطاب جـ 5 ص 35 ) .

ثالثًا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببًا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره . ( حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 – 264 الخرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265 ) .

( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 – 192 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79 ) .

وحقوق الدائنين تستوي فيها المديونية الأصلية أو المديونية بطريقة الضمان ، ما دام المضمون ليس أهلًا للسداد [1] .

ولا داعي لتسمية دعوى إبطال عقود المدين وتعهداته الضارة بدائنيه باسم ( دعوى بولين ) ، ولا داعي لتسمية دعوى المحافظة على مال المدين باسم ( دعوى أبليك ) ؛ لأن هذا حق مقرر للدائن في التشريع الإسلامي من ابتداء وجوده للآن ، وهو يُظْهِر بوضوح أن التشريع الفرنسي نقل هذين الأصلين عن التشريع الإسلامي ، ولكن للإغراب والإعجاب بمن تقدم لإقرار هذا التشريع أسماه باسم ( دعوى بولين ودعوى أبليك ) ؛ لأن هذا الحق لم يكن مقررًا في التشريع الروماني ولم يكن مقررًا قبل هذه التسمية ، ولكن من الخزي والعار على السارقين والناقلين عدم الاعتراف بمأخذ هذا التشريع - وهو التشريع الإسلامي - بل نسباه لأنفسهما ، وما كان لهما وجود في الحياة ولا لآبائهم ولا أجدادهم إلى سابع جد يوم أن كان الحكم الإسلامي في بلادهم يحكم بهذه المبادئ السامية سنة 800 ميلادية ﴿ بَلْ نَقْذِفُ بِٱلْحَقِّ عَلَى ٱلْبَٰطِلِ فَيَدْمَغُهُۥ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ ﴾ [2] .

ودعوى بطلان تصرفات المدين الضارة بسداد الديون ترفع من أحد الدائنين باسمه بصفته دائنًا ضد الملتزم له أو الدائن وضد نفس المدين . ودعوى اقتضاء حقوق المدين من الغير محافظة على ماله ترفع باسم أحد الدائنين أيضًا بصفته دائنًا . وموضوع الدعوى في بطلان تصرف المدين وفي اقتضاء حقوقه يراد بهما حفظ مال المدين لسداد ديونه .

### بند [ 137 ] دعوى الدائن باسم مدينه ( دعوى أبليك )

**القانون الفرنسي** : دعوى الدائن باسم مدينه هو الحق الذي منحه القانون إلى الدائن ليباشر رفع الدعاوى ؛ وليحصل على حق مدينه بدلًا عنه باسم مدينه المهمل لحقوقه .

---

(1) يقول الدردير عن معنى التفليس العام : أنه هو قيام الغرماء المدين ، وأن لهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

(2) سورة الأنبياء الآية رقم 18 .

وهذه الدعاوى ترفع للمحافظة على أملاك المدين الضامنة للدين وللتنفيذ أيضًا فتُدْخِل في أملاك المدين ما يصح التنفيذ عليه .

ليس للدائن التدخل في إدارة أملاك مدينه ولا إصلاح ما تلف منها ، ولا ما أهمل منها بهذه الدعوى ، ولكنه يحافظ عليها فقط ضد الغير ومنه . فيرفع دعوى سقوط الحق بمضي المدة ويرفع على مدينه لطلب دينه وهكذا .

وتمتد حقوق الدائن في رفع هذه الدعاوى إلى كل دعوى يحق للمدين أن يباشرها ما عدا ما يتعلق بشخصية المدين نفسه؛ فليس للدائن تدخل فيها وذلك :

**أولًا** : حقوق العائلة التي لا مال فيها :كحق السلطة الأبوية ، والحقوق الناتجة من سلطة الزوجية ، وحق طلب التفريق الجسماني أو الطلاق .

**ثانيًا** : الحقوق المستمرة كحق السكنى والمرور ، والحقوق غير القابلة للحجز ، حق استعمال المعاش الوراثي .

**ثالثًا** : دعوى طلب انفصال الأملاك القانوني ، دعوى استرجاع الهبة ممن أساء إلى الواهب ، دعوى تعويض الضرب والشتم والاحتقار

**ويجوز للدائن استعمال حقوق مدينه الآتية :**

1 - دعوى إلغاء العقود بسبب عدم أهلية المدين .

2 - دعوى إلغاء الإشهادات القضائية التي حصل فيها غش أو خطأ أو إكراه .

**شرط استعمال دعوى المدين :**

يشترط في الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه أن يكون دينه حالًّا واجب الأداء ؛ فلا يستعمل هذا الحق دائن مؤجل دينه ولم يحل ، أو مشروط بشيء معلق أو ملغ ولم يتحقق .

ويجوز للدائن استعمال حق مدين مدينه مثل مدينه سواء بسواء ، خلافًا لمن قصر هذا الحق على المدين فقط .

وليس بلازم أن ينبه الدائن مدينه باستعمال حقه أو ينذره . فإذا لم يعمل استعمل حق مدينه بدلًا عنه ، وإنما عمليًا يجب على الدائن إدخال مدينه في

الدعوى فيكون الحكم في مواجهته حائزًا صفة الشيء المقضي به .

## نتيجة رفع الدعوى باسم المدين :

بين الدائن والمدعى عليه : للمدعى عليه الحق في معارضة الدائن بجميع دفوعه القانونية التي كان يمكنه الدفاع بها ضد المدين .

بين المدين والمدعى عليه : تعتبر الدعوى موجهة من المدين نفسه إلى المدعى عليه فتسري جميع أحكام الدعاوى بين الطرفين كما إذا كان رفعها المدين شخصيًا ، وإنما الدائن دخل في الدعوى كوكيل عن مدينه قانونًا .

بين الدائن والدائنين الآخرين لنفس المدين : يعتبر الكسب عامًا للجميع لا يختص به رافع الدعوى ؛ لأن الدعوى معتبرة قانونًا من المدين ، والدائن نائب عنه فيقسم ما نتج عن القضايا بين الجميع .

دعوى مباشرة :

نتج من وكالة الدائن عن مدينه قانونًا في رفع دعاويه باسمه أن ما يكسبه يكون جزءًا من أموال مدينه فيعود على جميع الدائنين الآخرين ، فرأى القانون أن هناك بعض دعاوى يختص بها الدائن عدلًا ، ولا يشاركه الدائنون الآخرون في نتيجتها ، وهي :

**أولًا** : مالك العقار يرفع دعوى على المؤجر من مؤجره للحصول على الإيجار المتأخر طرفه إلى مؤجره الأصلي .

**ثانيًا** : العمال لهم الحق في رفع دعوى ضد المالك الذي تعاقد مع المتعهد للعمل الذي استخدم فيه هؤلاء العمال ؛ فيتقاضون أجورهم المتأخرة طرف هذا المتعهد ما دام له باق طرف المالك .

**ثالثًا** : محضر الدعاوى : الوكيل عن الطرف المحكوم له يمكنه رفع دعوى بما أنفق لموكله ضد من خسر القضية مباشرة بدون وساطة المحكوم له .

**رابعًا** : للموكل رفع دعوى ضد الشخص الذي أنابه عنه الوكيل بدلًا عنه .

في هذه الحالات للدائن رفع دعواه مباشرة على من ذكر ، ويختص بما يربحه في هذه الدعاوى وحده ؛ لأنه هو الذي أوجد هذه الزيادة في مال المدين ؛ فهو

أولى بها من غيره من الدائنين [1] .

## بند [ 138 ] دعوى الدائن باسم مدينه

**التشريع الإسلامي** : متى أهمل المدين في المحافظة على حقوقه بعدم المرافعة أو الطلب فللدائن طلب هذه الحقوق محافظة على مال المدين ليكون فيه الوفاء ، ويمتد حق الدائن في رفع دعاوى مدينه إلى كل حق يجوز للدائن طلبه شرعًا ويكون ممولًا . وليس للدائن التعرض للأحوال الشخصية إلا إذا كان فيها مال كما سيأتي .

فحق السلطة الأبوية ، والحقوق الزوجية ، وحق السكنى والمرور ، وحق الاستحقاق في الوقف متى كان مشروطًا فيه شخصية المدين لا تدخل فيما يجوز للدائن مباشرته بدل مدينه محافظة على أمواله للسداد .

وأما الطلاق على مال أو الخلع فإنه جائز من الزوج ، ولا يتعرض له أحد؛ لأنه قد يأخذ منها مالًا أو يحط عنه دين مهره أو غيرها . فإن وصل مال الخلع إلى يده فهو ملك للدائنين ، فإن أعطاها لغيره فهو تبرع قطعًا فيمنع منه . وللغرماء إبطاله . وأما إن لم يصل المال إلى يده بأن قال : إن أعطيت فلانًا كذا أطلقتك فلا تعرض لأحد عليه ؛ لأنه لم يضيع على غرمائه شيئًا ؛ لأن مثل هذا المال لم يكن منتظرًا لهم وقت المداينة . وأما الخلع من الزوجة المفلسة فلا يجوز ؛ لأنها ستدفع لزوجها بدل الخلع فينقص ماليتها في سداد الدين ويضر بالغرماء ، إلا إذا كان بدل الخلع في ذمتها تدفعه من شيء يطرأ لها غير ما فلست فيه .

وأما العفو عن القصاص الذي لا مال فيه فهو جائز للمفلس . وليس للغرماء اعتراض على ذلك بخلاف العفو عن قصاص فيه مال أو خطأ فلا يجوز ، ولا عفو عن قصاص يوجب للدية .

والمدار في هذا على وصول المال ليد المدين . فإن قال لغريمه : إن دفعت كذا لفلان عفوت عنك فدفع فعفا عنه فلا شيء للغرماء [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، في الفصل السادس ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 259 ، 260 .

(2) تناول الدردير حق الغرماء في منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة وصدقة ، وحبس ، وإخدام ، وحمالة ، وكذا لا يجوز له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ومن التبرع قرضه فَيُمْنَع منه . الشرح الصغير جـ 3 =

وأما الضرب والشتم والاحتقار ففيها تعزير الحاكم بما يرى ولا حق للمضروب - إلا إذا كان من الجراح المنصوص على أرشها شرعًا - ولا للمشتوم، ولا للمحتقر سوى ما يوقعه الحاكم على المعتدي بما يكون عبرة لغيره من المعتدين وإرضاء للمعتدى عليه [1] ، وأما التعويض بالمال عن هذه الإهانات فليس من التشريع الإسلامي في شيء ، وقد سبق بحثه في التعويض المدني فارجع إليه .

فيرفع الدائنون دعوى إلغاء العقود بسبب عدم الأهلية في المدين وإلغاء التبرعات ، والعقود التي حصل فيها غش أو خطأ أو إكراه ، وكان يجوز للدائن رفعها فأهمل فيجوز للدائنين رفعها بدله .

## شرط استعمال دعوى المدين :

يشترط في استعمال حق المدين في دعاويه أن يكون دين الدائن حالًّا مطلوب الوفاء ؛ فإن كان مؤجلًا فليس له التعرض للمدين [2] ، وأن يكون مال المدين لا يفي بدينه [3] ، فإن كان مال المدين يفي بحقه فليس له التعرض لمدينه إلا تبرعه بما ينقص ماله عن الدين فلو كان الدين 100 جنيه ، ومال المدين 150 جنيهًا ، وتبرع بـ 60 جنيهًا فيُمْنَع ؛ لأنه ينقص رأس المال عن الدين . ومن باب المحافظة على الوفاء

= ص 137 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 32 ، 33 ، القوانين الفقهية ص 234 .

(1) تناولت المادة 163 ، 164 من القانون المدني المصري والمادة 169 ، 170 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة إيجاب ضمان الفعل الضار مطلقًا وإيجاب التعويض عن الضرر الواقع على البدن الإنساني .

وهو الموضوع الذي تناولته المادة 202 من التقنين العراقي والتي تنص على : « كل فعل ضار بالنفس من قتل ، أو جرح أو ضرب ، أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 54 ) ولا يوافق المؤلف على إيجاب التعويض بالمال في الأضرار النفسية أو المعنوية الناشئة عن الضرب والشتم والإهانات ، لأنها في رأيه جرائم موجبة للعقوبة الرادعة ، ولا تكون العقوبة عنده بالمال ، كما تقدم . ومسألة التعزير مسألة خلافية فيما سبق التعرض له .

(2) من شروط التفليس : - « أن يكون الدين الذي عليه ، وطلب التفليس لأجله حالًّا ، فلا يفلس بمؤجل » . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مع الهامش ( 264/3 ) وانظر الشروط التي سبقت الإشارة إليها من الفقه المالكي للمطالبة بمنع المدين من التصرف .

(3) الشرط الثاني : « أن يكون ذلك الدين الحال يزيد على ما بيد المدين من المال ، أو كان ما بيد المدين يزيد على الدين الحال ، ولكن تلك الزيادة لا تفي بالدين المؤجل » . حاشية الدسوقي ( 264/3 ) .

يجب منع ما تبرع به ؛ فللغريم منع من أحاط الدين - ولو مؤجلًا - بماله من تبرعه [1] . وحق استعمال دعوى مدينه تشمل مدين المدين ؛ لأن مال مدين المدين هو مال المدين ، وبإضافته لمال المدين يكون فيه الوفاء بشرط زائد عن الشرطين السابقين وهو أن يكون مال المدين لا يفي بالدين ومال مدين المدين لا يفي بدين المدين . فإن وفَّى مال المدين فلا شأن للدائنين بمدين المدين . وإن وفى مال مدين المدين بما عليه من الدين فلا يحق لأحد رفع دعاويه ؛ لأن العلة انتفت وهي المحافظة على سداد الدين [2] .

ومتى وجد الشرطان - حلول دين الدائن ، وعدم وفاء مال المدين يعني إحاطة الدين بمال المدين - جاز للدائن أن يرفع دعوى المدين من غير إنذار ولا تنبيه [3] . وعليه فقط إثبات هذين الشرطين أمام القضاء لتبرير رفع الدعوى وطلب الحكم ليكون خصمًا شرعيًا ؛ فعليه إثبات أنه يداين زيدًا ، وأن دينه حل وأن زيدًا لم يؤده له ، ولزيد دين على عمر وقد حل ، ولم يطلبه إضرارًا بالطالب ؛ لأن زيدًا قد أحاط الدين بماله ، وليس عنده ما يفي ؛ لهذا يطلب المدعي الحكم له على عمر بدفع مبلغ دينه كذا لمدينه زيد ليسدد دينه كذا الثابت في ذمة زيد إلخ .

## نتيجة رفع الدعوى باسم المدين :

الدائن الذي يرفع الدعوى محافظة على مال مدينه ليستوفي منه دينه يمثل مدينه فيما يتعلق بحقوق مدينه في مديونية ؛ فيصح لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن بما يجوز له أن يدفعها بها لو كانت مرفوعة من مداينة ( الدفع ، المقاصة ، مضي المدة ، عدم مشروعية الدين إلخ ) [4] .

---

(1) الشرح الصغير ( 137/3 ، وما بعدها ) .

(2) يقول ابن رشد : له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء . بداية المجتهد جـ 2 ص 285 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 137 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 5 ص 37 ، 38 .

(3) للغريم اتحد أو تعدد رفع دعوى ضد من أحاط الدين بماله للحاكم . الشرح الصغير ( 138/1 ) .

(4) تناولت المادة 235 من القانون المدني المصري والمادة 238 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الدعوى غير المباشرة ، والتي تعني حق الدائنين في استعمال بعض حقوق مدينهم ، طبقًا لما سلف بيانه ، وهو ما تناولته المادة 261 من التقنين العراقي ، والمادة 366 من التقنين الأردني ، والمادة 308 من التقنين الكويتي .

=

ويجوز له أن يدفع بعدم صحة مركزه كخصم لعدم استيفاء شروط رفع الدعوى مكان مدينه .

ونتيجة الدعوى متى كسبت أن يحاصص كل الدائنين فيها [1] ، فلا يختص بها من رفعها ؛ لأن ما حكم به مال المدين وهو مشاع بين جميع الدائنين لا يختص به واحد دون آخر إلا ما استُثْني كما يأتي [2] :

**أولًا** : أجرة الصانع ؛ فإنه يأخذها أولًا دون غيره مما في يده . فإن أفلس شخص وكان قد اكترى صانعًا ينسج له ثوبًا مثلًا أو يصبغه وأتم عمله أو يخيطه ، ولم يدفع له أجره ؛ فرفع عليه دعوى بأجره فيأخذ أجره مما تحت يده أولًا دون بقية الغرماء ، وما بقي يشترك فيه الدائنون غيره .

فإن أفلس قبل عمله فالصانع بالخيار : إما أن يرد موضع العقد ويفسخ الإجارة ، وإما أن يعمل ويحاصص مع الغرماء بأجره . فإن كان المصنوع رُدَّ لربه قبل فلسه ، أو كان المصنوع لا يُجَاز كالبناء ، أو كان العامل يصنع الشيء عند ربه فلا يكون أحق به بل يتعين عليه أن يحاصص مع بقية الغرماء كما يحاصص أجير الرعي وحارس الزرع أو الأمتعة مع الغرماء ولا يختص بما تحت يده .

**ثانيًا** : رب الدابة أو السفينة أحق بالمحمول عليها حتى يستوفي أجرته إلا إذا

---

= والدعوى غير المباشرة التي قررتها هذه المواد سندها في الفقه المالكي . ففيه إذا لم يكن للمدين ( المحجور للدين ) بينه على حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد ونكل أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، وجاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو الذي نراه في استعمال الدائن لحق المدين في هذه الدعوى ( انظر الخرشي جـ 5 ص 267 – عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ5 ص 138 هامش 2 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87 ) .

(1) جاء في الشرح الصغير : يحكم القاضي بعد إثبات إحاطة الدين بمال المدين .. بخلع ماله لغرمائه حضر المدين أو غاب ، ولا يتوقف الحكم على حضوره ، فيقتسمونه بالمحاصة . الشرح الصغير ( 138/3 ) .

(2) يقول الدردير : إنه لا يجب على المفلس العفو عن قصاص لأجل وجوب الدية ، وله العفو مجانًا بخلاف ما فيه شيء مقرر فلا يعفو مجانًا كالخطأ ؛ لأن فيه مالًا تقرر . الشرح الصغير جـ 3 ص 142 ، بداية المجتهد جـ2 ص 291 ، مواهب الجليل جـ 5 ص 38 وما بعدها .

قبضه ربه وأفلس ، ثم طال الأجل عرفًا بعد القبض ؛ فيكون أسوة بالغرماء . وإذا كان أحق بالمحمول فالباقي من ثمن الحمل بعد الأجرة يكون بين الغرماء .

**ثالثًا** : من اكترى حانوتًا أو دارًا ، وتجمد كراؤها على المكتري حتى أفلس أو مات المكتري ، فهل رب الدار أو الحانوت أحق بما فيه من أمتعة أم لا وهو مساو للغرماء ؟ خلاف بين أئمة المالكية ، فقال ابن رشد : إن أرباب الدور والحوانيت يكونون أسوة بالغرماء اتفاقًا كما نقل عن ابن القاسم : وقال ابن عرفة [(1)] : هذا خلاف نَقْل الصقلي [(2)] حيث جعل هذا قول الجماعة إلا عبد الملك ، فإنه جعل رب الدور والحوانيت أحق بما فيها من الأمتعة قياسًا على الدواب ، تُكْتَرى للحمل عليها فيفلس المكتري ، فربها أحق بالحمل في أجرته . وقال ابن الماجشون [(3)] : هذا ما جرى عليه العمل به بفاس .

**رابعًا** : من أجر أرضًا للزراعة ، ثم أفلس قبل أن يدفع إيجارها ، وكان بالأرض عمال يزرعون ويسقون ويقومون بخدمة الزراعة ، فإن رب الأرض يختص أولًا باستيفاء الكراء من الزراعة للسنة المزروعة وما قبلها وما بعدها إن لم يفسخ العقد ويأخذ أرضه ، ثم يلي ربَّ الأرض العمال الزراعيون الذين يقومون بخدمة الأرض ، ثم يلي هذين مرتهن الزرع الذي رهن المكتري المفلس زرعه عنده في دين تداينه منه . فإن بقي شيء بعد هؤلاء حاصص فيه الغرماء وسواء جُزَّ الزرع أم لا ، ومثل الزرع الغرس والبناء .

وللمكري إبقاء العقد في الكراء إذا أفلس المكتري قبل استيفاء المنفعة ،

---

(1) ابن عرفة : هو أبو عبد اللّه محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة ، له تآليف عجيبة منها مختصره في الفقه أفاد فيه وأبدع ، مولده سنة 716 وتوفى في جمادى الثانية سنة 803 . ( شجرة النور الزكية ص 227 رقم 817 ) .

(2) الصقلي : هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي ، تفقه بشيوخ القيروان كأبي بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي وغيرهم . لقى أبا المعالي إمام الحرمين بمكة سنة 450 . ألف كتاب النكت والفروق لمسائل المدونة ، مات بالإسكندرية سنة 466 . (شجرة النور الزكية ص 116 رقم 324 ) .

(3) ابن الماجشون هو : عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي ، مفتي المدينة ، وعالمها . أخذ عن أبيه وعن مالك وغيرهما ، وبه تفقه أئمة ، كابن حبيب وسحنون ، له كتاب كبير في الفقه . توفي سنة 212 هـ على الأشهر . ( شجرة النور الزكية ص 56 ) .

ويحاصص بالأجرة إن كانت استوفيت أو ببعضها بقدر ما استوفى منها ، وله فسخ العقد وأخذ عين شيئه . وبناء على هذا للمالك الحق في رفع الدعوى ضد مستأجر مدينه للحصول على الإيجار المتأخر طرفه إلى مؤجره الأصلي ، ويختص بما وجده في العين المؤجرة على ما جرى عليه العمل بالمغرب [1] . ومتى كان صاحب العمل مدينًا للمتعهد ، وبقي للعمال من أجورهم شيء جاز لهم رفع دعواهم ضد صاحب العمل ؛ لأنه مدين لمدينهم ، ومدينهم لم يرفع الدعوى لتحصيل حقه وهم أولى بالحلول محل مدينهم ، وقياسًا على النص في عمال الزراعة فإن هؤلاء يختصون بما يكسبونه من التقاضي سدادًا لأجورهم .

ومثل العمال المحامي في قضية خسرها خصم موكله وكسبها له ذلك المحامي ؛ لأن خاسر القضية مدين لمن كسبها ، ومن كسبها مدين للمحامي في أتعابه .

## بند [ 139 ] دعوى إبطال تصرف المدين ( دعوى بولين )

**القانون الفرنسي** : دعوى بطلان تصرف المدين هي صفة منحت للدائن لرفع دعوى سقوط تصرفات مدينه الخادعة والتي تسبب له ضررًا ، وهي المأخوذة من القانون الروماني كما يقولون .

أساس هذه الدعوى المحافظة على مال المدين الذي هو ضمان لدينه ، وترفع الدعوى باسم الدائن مباشرة بوكالة عن مدينه قانونًا ، وهي تستعمل لإرجاع ما خرج من مال المدين فيحجز عليه ويباع سدادًا للديون .

وهذه الدعوى ترفع لبطلان كل عمل أفقر المدين في ماليته بإخراج بعض أملاكه

(1) تناولت المادة 589 من القانون المدني المصري والمادة 577 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، حق المؤجر في المطالبة بالأجرة وحبس ما يجده من منقولات في العين المستأجرة ، وهو ما تناولته المادة 588 من التقنين الكويتي وتكون المنقولات الموجودة فعلًا في العين المؤجرة مثقلة بحق امتياز المؤجر ( المادة 1374 مدني عراقي والمادة 1437 مدني أردني ) .

وللبائع في الفقه الإسلامي أن يحبس المبيع إلي أن يؤدي المشتري جميع الثمن ( م 278 من المجلة و م 454 من مرشد الحيران ) . وقياسًا على ذلك للمؤجر أن يحبس المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ضمانًا للحقوق التي تثبت له بمقتضى عقد الإيجار .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 207 ) .

من ملكيته . لكن لا يجوز إبطال عمل امتنع المدين عن استعمال حقه فيه ليكون موسرًا كامتناعه عن قبول هبة . وكل ما يلزم الدائن عمله أن يحافظ على مال مدينه الموجود والذي سيوجد لا أن يطلب منه الزيادة واليسار .

ويستثنى من الأعمال التي يجوز للدائن مهاجمتها وإبطالها من تصرفات مدينه ما يأتي :

**أولًا** : دفع المدين دينه إلى أحد دائنيه مفضلًا له على الآخرين عند حلول أجل الدين ، فليس لأحد الدائنين رفع دعوى بطلان الدفع ؛ لأنه أدى واجبًا [1] .

ومع ذلك في مادة التفليس منع القانون الدفع لأحد الدائنين دون الآخرين .

**ثانيًا** : الدين الذي تعاقد عليه المدين حديثًا مهما كان فليس لأحد الدائنين السابقين الاعتراض عليه وإبطاله .

**ثالثًا** : قسمة التركة التي دُعي إليها المدين ليجريها مع بقية الورثة : للدائن الحضور في دعوى القسمة خوفًا من غش أو تواطؤ مع بقية الورثة ، لكن متى تمت القسمة فليس له طلب إلغائها .

## شروط استعمال دعوى إبطال تصرفات المدين :

لصحة استعمال حق دعوى إبطال تصرفات المدين شرطان :

**أولًا** : حصول الضرر الذي أصاب الدائن . ليس كل تصرف للمدين يبيح تدخل الدائن لنقض هذا التصرف ، بل يجب أن يكون التصرف قد ألحق ضررًا بالدائن ، كأن أفلسه أو جعله يتوقف عن سداد دينه .

**ثانيًا** : حصول غش من المدين في تصرفه ، ولو بغير نية إلحاق الضرر بالدائن ، بل معرفة أن هذا التصرف يضر بالدائن وقت التصرف .

وتنازل المدين عن ميراث أو حق مستحق له يحتاج إلى وجود ضرر للدائن وغش من المدين حتى تصح دعوى بطلان تصرفه .

---

(1) أما قبل حلول الأجل فللدائن منع المدين من إعطاء كل ما بيده من المال لبعض من الغرماء دون بعض ... قبل حلول الأجل . الشرح الصغير ( 138/3 ) .

والذي له الحق في استعمال هذه الدعوى من الدائنين هم السابقون على تصرف المدين لا اللاحقون لعدم إلحاق الضرر بهم . وإثبات أسبقية الدين على التصرف الضار بالدائن تكون بكافة طرق الإثبات فإن كان الغش قد قُصِدَ به الدائنون الحديثون وقد تعاقد معهم المدين معتقدين وجود هذه الأملاك له وقت التعاقد ، ثم تبين أنه تصرف فيها قبل تعاقده معهم ليفلت من ضمان أملاكه جاز لهؤلاء الدائنين دعوى بطلان التصرف .

ويشترط في دين المدين الذي يستعمل الدائن له هذه الدعوى أن يكون حالًّا مستحقًّا ، فإن كان لأجل ولم يحل أو كان بشرط ولم يتحقق الشرط فليس للدائن استعمال هذا الحق .

دعوى إبطال تصرف المدين ليست موجهة للمدين أصالة مباشرة ؛ لأنه لا فائدة منها ، ولكنها موجهة أولًا وبالذات إلى من تعاقد معه المدين كالآتي :

( 1 ) في العقود الملزمة من طرف واحد :

تُرفع الدعوى ضد المتملك ولو كان حسن النية ؛ لأن يساره بهذا التعاقد سيفقر الدائن ، والدائن أولى ؛ ولأنه يدافع عن يسار طارئ ، ولكن الدائن يدافع عن حق سيضيع ففضل القانون الدائن .

( 2 ) في العقود الملزمة للطرفين :

يجب التفرقة بين متملك حسن النية ومتملك سيئ النية ، فإن كان المتملك حسن النية فيبقى التعاقد كما هو ؛ لأن الدائن والمشتري من المدين مثلًا متعادلان في الحقوق ، كل يدافع عن حقه فأبقى القانون التعاقد سليمًا ، وإن كان المتملك سيئ النية فقد أعان المدين على الفرار من سداد ديونه وشاركه في الغش ضد الدائن ، فوجب انتزاع ما تملك وتفضيل الدائن عليه فينقض التعاقد وتعود العين لملك المدين . والدعوى ببطلان التصرف ضد المتملك من المتملك من المدين تتبع التفصيل السابق ، ويحكم بقبولها وعدم قبولها إذا كان المتملك الأول حسن النية أو سيئ النية .

## نتائج دعوى إبطال تصرف المدين :

هذه الدعوى شخصية للدائن ، وليست دعوى حقيقية ، وهي نوع من دعاوى

إلغاء العقد، وهي ترفع باسم الدائن مباشرة ضد من تعاقد معه مدينه أولًا وبالذات. ونتائجها هي:

**أولًا**: بين الدائن المدعي والشخص الثالث المتعاقد مع المدين نتيجة الدعوى إلغاء التعاقد، والحجز على العين المتملكة، وبيعها لصالح الدائن ولو بين يدي المتملك من المدين.

**ثانيًا**: بين المدين والشخص الثالث المتعاقد معه: تبقى آثار العقد صحيحة بينهما بحيث إذا بقي من ثمن الشيء المتملك شيء بعد استيفاء دين الدائن الذي ألغى التعاقد يرجع هذا الباقي إلى المتعاقد مع المدين، لا إلى المدين نفسه.

**ثالثًا**: العلاقة بين الدائن المدعي والدائنين الآخرين لنفس المدين: بما أن أساس هذه الدعوى أنها شخصية وترفع من الدائن باسمه لا نيابة عنه فنتيجة التقاضي يختص بها المدعي فقط حتى يستوفي منها جميع ديونه، ولا يشاركه فيها أحد من بقية الدائنين إلا إذا دخل مدعيًا في الدعوى، فقوة الشيء المحكوم فيه خاصة لأطراف التقاضي لا للغير [1].

## بند [ 140 ]

## دعوى إبطال تصرف المدين

**التشريع الإسلامي**: سبق أن ذكرنا أن المدين متى أحاط الدين بماله حتى ولو ساوه [2] ليس له أن يتصرف بدون عوض، فلو تصرف بهبة، أو صدقة غير مألوفة، أو قرض، أو وقف، بل ولو عارية جاز لدائنه منع تبرعه بمعنى أن يرفعه إلى الحاكم فيحكم ببطلان هذا التصرف فيعود إلى ملك المدين ليكون له قدرة على الوفاء بالتزاماته.

وسبق أن قررنا أن المدين الذي قرر الحاكم إفلاسه يُمْنَع من التصرف إطلاقًا حتى

---

(1) انظر: البنود من 1165 إلى 1167، في الفصل السادس، من الباب الثالث من الكتاب الثالث، من المقالة الثالثة، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول 259، 260.

(2) جاء في حاشية الدسوقي ( 3 / 264 ) أنه لا يفلس إذا كان ما بيده مساويا للدين الذي عليه الحال، وهذا لا ينافي أنه يمنع من التبرعات.

ولو كان تصرفه بعوض كبيع وشراء ؛ لأن ماله انتزعت ملكيته منه للغرماء ، فلو تصرف فيه بعد ذلك فهو تصرف فيما لا يملك . وهل تصرفه باطل ؛ لأنه محجور عليه لغرمائه كما قرر ذلك ابن عبد السلام ، أو تصرفه موقوف على نظر الحاكم إمضاء وردًا ، أو موقوف على نظر الغرماء وهو الظاهر ؟ خلاف [1] .

فرد تصرف المفلس حقيقة أو من أحاط الدين بماله أو ساواه هو لإرجاع ما خرج من مال المدين لسداد ديونه ، فهو للمحافظة أيضًا على مال المدين الذي هو ضمان للوفاء بالتزاماته .

لهذا كانت هذه الدعوى لإبطال تصرفات المدين التي أفقرته ، فليس للغرماء إذًا إجباره على التكسب للوفاء أو قبوله هبة لا يريد قبولها ، أما الميراث الذي فيه فضل بعد دين التركة فواجب المدين قبوله ، وإلا أقام أحد الغرماء الدعوى ؛ واستلمه للجميع ؛ لأنه حق الدائنين فتركه ضياع لمال الغير وهو ممنوع [2] .

أما دفع المدين دينه إلى أحد دائنيه فلا يخلو حاله إما أن يدفع المدين لأحد دائنيه كل ما في يده ، ويترك بقية الغرماء ، فهو ممنوع اتفاقًا ، وللغرماء رده [3] ؛ لأن مال المدين ملك مشاع بين الدائنين بحسب حصة كل غريم [4] ، وإما أن يدفع المدين لأحد دائنيه بعض ما في يده على إمساكه بعض ماله ليعامل به الناس ، ففي ذلك خلاف العلماء ، فيجوز . وعلى المدين تحريك بعض ماله الباقي ليسد به دينه بشرط أن يبقى بعد الدفع للبعض ما يمكن المعاملة به لوفاء من بقي أو جَبْر ما أعطى

(1) يقول الدردير عن المفلس قبل التفليس : للغرماء منعه من التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك . الشرح الصغير ج 3 ص 137 ، بداية المجتهد ج 2 ص 290 .

(2) انظر رأي فقهاء المالكية فيما يقضي به القاضي على المدين من بيع ماله عليه فينتصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليًا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وذلك في : بداية المجتهد ج 2 ص 284 ، الشرح الصغير ج 3 ص 140 ، مواهب الجليل ج 5 ص 38 ، 39 ، القوانين الفقهية ص 237 وحاشية الدسوقي ج 3 ص 138 .

(3) ومنع من إعطاء كل ما بيده لبعض الغرماء دون بعض ، أو إعطاء بعض ما بيده قبل حلول الأجل ، وكذا بعده إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة
الشرح الصغير ( 3/138 ) .

(4) قاعدة : مال المدين ملك مشاع بين الدائنين بحسب حصة كل غريم .

للبعض ، وقيل : لا يجوز ، ويرد ما دفع ليُقَسَّم بين جميع الغرماء بنسبة ديونهم [1] .

أما إعطاء أحد الدائنين دينه قبل حلول أجله فممنوع [2] ، أو إعطاء كل ما بيده للغريم ولو حل دينه ، فإن أعطاه فالظاهر رد الجميع ليحاصص كل الغرماء [3] .

ولأحد الدائنين رفع دعوى البطلان ؛ لأن الضرر لحق بالدائنين الذين لم ينالوا شيئًا من دينهم وأنه وإن كان المدين أدى واجبًا ، ولكنه في الحقيقة أضر بالباقين ، والضرر يمكن رفعه فجاز رفع الدعوى ببطلان التصرف [4] .

أما الالتزامات التي يتعاقد عليها المفلس بعد الحكم بإفلاسه ملتزمًا به في ذمته لغير أرباب الدين على أن يوفيه من مال يطرأ لا مما في يده فهي جائزة ولا يمنع منها .

وأما قسمة التركة التي ورث منها المدين فيجوز للغرماء الإشراف على عملها ، فإن وجدوا غشًّا أو تدليسًا فلهم رفعه للحاكم حتى ولهم طلب تفتيش منزل المدين خوفًا

---

(1) وتناولت المادة 280 من القانون المدني المصري والمادة 245 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع تفضيل المدين بعض دائنيه بالوفاء والمنع من ذلك ، وهو ما أخذت به والمادة 316 من التقنين الكويتي والمادة 268 من التقنين العراقي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 80 ) .

(2) الشرح الضعير 3 / 138 .

(3) يمنع المفلس قبل التفليس من التصرف في ماله بغير عوض لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه . الشرح الصغير 137/3 ، مواهب الجليل 37/5 – 39 .

(4) تناولت المادة 282 من القانون المدني المصري والمادة 270 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع براءة المدين من قيمة الدين الثابت لبعض الدائنين المتضامنين ، ونصها :

1 – إذا برئت ذمة المدين من قبل أحد الدائنين المتضامنين بسببٍ غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قِبَلَ باقي الدائنين إلا بقدر حصة هذا الدائن .

2 – وإذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملًا من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين فلا ينفذ هذا العمل في حقهم .

وهو ما تناولته المادة 318 من التقنين العراقي .

والمادة 344 من التقنين الكويتي .

والمادة 414 من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع ج 6 ص 70 و 72 و 74 و 76 و م 169 و 171 و 172 – 187 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87 ) .

من أن يكون أخفى فيه شيئًا عنهم ، وللغرماء طلب تعيين أمين إذا لم يثقوا في عمل مدينهم ليتولى القسمة مع بقية الورثة . وللقاضي القول الفصل في نظر المصلحة .

فإذا تمت القسمة دون حضور أحد الغرماء وأثبتوا للحاكم وجود الغش والمحاباة فيها بالدليل الشرعي وأن هذا فيه ضياع لحقوقهم نُقِضَت القسمة كما إذا ظهر الجور أو الغلط في القسمة ظهورًا بينًا فتنقض القسمة أيضًا ؛ لأن حق نقض القسمة ثابت للمدين بهذه الصفة فيثبت لمداينه كذلك ، وليس هذا من قبيل الأحوال الشخصية التي لا شأن للغريم بها ؛ لأنها مسألة مالية تهم الدائن محافظة على ماله فله ذلك .

**شرط استعمال دعوى إبطال التصرفات :**

يشترط لصحة استعمال حق إبطال تصرفات المدين :

(1) أن يحيط الدين بمال المدين ؛ فيُمْنَع من التبرعات وترفع الدعوى ببطلانها [(1)] .

(2) أن يحكم بإفلاسه فيُمْنَع من جميع التصرفات المالية والتبرعات ، وتُرْفَع الدعوى من الغرماء أو من أحدهم ببطلان التصرف من مدينهم [(2)] .

(3) حلول دين الغرماء المحيط بمال المدين ، أو حلول بعض الدين المطالب به وعدم وفاء مال المدين لدينه المؤجل .

ومتى اجتمعت هذه الشروط يفرض المشرع أن الضرر واقع لا محالة ولو لم يحصل غش من المدين حتى لو تنازل المدين عن أي حق مقوم بالمال ويمكن بيعه أو مال ، فيعتبر ضررًا بالدائن ؛ فله الحق في طلب نقض هذا التصرف وبطلانه [(3)] .

---

(1) يقول المواق في التسوية بين الدائنين سواء من بادر إلى رفع الدعوى وغيره ببيع ماله وقسمه على نسبة الديون ، فإن اختلفت أجناس الدين من العين والعُرُوض والطعام المسلم إليه فيه قوّم لكل واحد قيمة دينه بقيمة يومه حين الفلس أو الموت ، وقسم المال بينهم على تلك الحصص .

التاج والإكليل ج 5 ص 43 وما بعدها ، الشرح الصغير ج 3 ص 140 وما بعدها ، بداية المجتهد ج 2 ص 292 ، 293 .

(2) للدائن منع من أحاط الدين بماله من تبرعه بهبة أو صدقة ، وحبس ، وإخدام ، وحمالة .

الشرح الصغير ( 137/3 ) .

(3) للغريم اتحد أو تعدد رفع أمر من أحاط الدين بماله للحاكم ، فيحكم بخلع ماله لغرمائه حضر المدين أو غاب .

الشرح الصغير ( 138/3 ) .

والذي يملك هذا الحق من اعتمد على سداد التزامات مدينه من ماله الذي تحت يده أو من ماله الذي حصله أو وصل إليه قبل إحاطة الدين بماله أو الحكم بإفلاسه .

فإن حكم بإفلاسه ثم تعامل معه شخص آخر غير دائنيه القدماء ، وقد كان المدين تصرف قبل إفلاسه بشيء لا حق له في التصرف ، فيه فليس له الحق في طلب إبطاله . ولو رفع الدعوى بإبطاله وحُكِم فيها فلاحق له في المحاصة بدينه الجديد مع الغرماء السابقين إلا إذا بقي منهم شيء .

كما أنه إذا أفلس زيد واقتسم غرماؤه ماله ، ثم تعامل مع آخرين ، ثم أحاط الدين بماله الذي حدث من تجارة مثلًا مع من تداين منهم حديثًا فإن الغرماء الجدد يختصون بمال هذا المدين في تفليسته الجديدة ؛ ولا يحاصص معهم الأقدمون إلا إذا بقي شيء ، فيكون بين الأقدمين . فإن كان المال من ميراث ، أو هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أودِيَة فيحجر عليه مرة أخرى للدين الأول أيضًا ، وسيأتي تفصيل ذلك في باب الفلس بحول الله وقوته .

فإن غش هذا المدين دائنيه الجدد بأن أظهر ملاءه ويساره ، ثم تبين أنه على غير حقيقة حبسه الحاكم حتى يدفع أو يأتي بحميل . فإن تبين أن تصرفه السابق كان مقصودًا به التهرب من الوفاء بالتزاماته كما إذا باع لامرأته أو لولده قبل التعاقد مع الغير ، وزوجه وابنه لا مال عندهما لدفع الثمن فيصبح للغرماء طلب إبطال هذا التصرف وجعل ما تصرف فيه ضمن أمواله التي منها وفاء التزاماته .

دعوى إبطال تصرفات المدين موجهة إليه قطعًا ؛ لأنها بطلان تصرفاته وإلزامه نتيجتها مع من تعامل معه ، فإن المدعي يطلب في دعواه الحكم له على المدين المتصرف ببطلان تصرفه وتحمله بما يترتب على هذا التصرف وإلزام من تعاقد معه برد ما أخذه في هذا التعاقد ، وله أن يرجع إذا شاء على المدين بالثمن في ذمته ، وعلى هذا :

1 - ففي العقود الملزمة من طرف واحد يعتبر تبرعًا كالهبة والصدقة إلخ مثلًا ، فيجب أداء الواجب أولًا وهو سداد الدين قبل التبرع وهو سنة أو مستحب ، ولا شك أن التبرع قد أضر بالدائن ، والضرر مدفوع ، ولا ضرر على المتبرع له ؛ لأنه لم يكن في ملكه شيء أصالة وانتزع منه ، بل يعتبر هو متعديًا على الغرماء .

2 – وفي العقود الملزمة للطرفين لا فرق بين حَسَن النية وسيئ النية في هذا التعاقد؛ لأن من أحاط الدين بماله وحكم بإفلاسه قصد الفرار بماله بهذا التعاقد وعدم الوفاء فيعامل بنقيض قصده ، على أنه يعتبر بتصرفه هذا فضوليًا تصرف في مال الغرماء فيتوقف على رضائهم وعلى من تعاقد معه البحثُ عن حقيقة من تعاقد معه ؛ لأن المدين محجور عليه لغرمائه فلا تصرف له إلا برضائهم كمن تعاقد مع صبي وسفيه محجور عليهما ولا شك أن حق الغرماء ثابت مقرر اتصل به القضاء بالحكم بالإفلاس ، وحق من تعامل معه بعد ذلك طارئ فيقدم الأسبق في الاعتبار دون الطارئ كمن تعامل مع مفلس بعد إفلاسه ، وكان ماله لم يقسم بين الغرماء فلا يأتي هذا المتعامل حديثًا فيحاصص مع الغرماء السابقين قبل الحكم لاختصاصهم بمال مدينهم ؛ إذا لا فرق بين حَسَن النية وسيىء النية في هذه المعاملة ؛ فلا ينظر إليها ، إنما ينظر إلى أنه تصرف ممن أحاط الدين بماله أو ممن حكم بإفلاسه ، فهو تصرف موقوف على إجازة الدائنين أو تصرفٌ موقوف على إجازة الحاكم أو تصرفٌ باطل ؟ خلاف ( سبق ذكره ) فدعوى بطلان التصرف مقبولة من الدائن على كل حال كان من تعامل معه المدين حسن النية أو سيئها [1] .

## نتائج حكم بطلان التصرف :

هذه الدعوى ( دعوى بطلان التصرف ) وإن كانت تعتبر شخصية ، يعني رفعها أحد الغرماء ، وطلب الحكم فيها بإلغاء تصرف المدين ورد ما تعاقد عليه الطرفان إلى مال المدين غير أن نتيجتها للجميع ؛ لأنه لا يختص بها أحد الغرماء ؛ لأنه ترجيح بلا مرجح فكل الغرماء دائنون ، ومال المدين ضامن للسداد بقدر مشترك بين الجميع حسب حصة كل دين [2] ؛ فنتيجة الحكم تكون للجميع إلا ما ورد فيه الاختصاص لمعنى ملحوظ في مسائلها كمالك دكان ومنزل مثلًا على بعض الأقوال السابقة فهو

---

(1) راجع تفصيل هذه الشروط في : بداية المجتهد ج 2 ص 161 ، مواهب الجليل ج 4 ص 375 ، الخرشي ج 5 ص 82 .

(2) جاء في الشرح الصغير « فيحكم (أي الحاكم) بعد إثبات إحاطة الدين بماله ( أي المدين ) .. بخلع ماله لغرمائه حضر المدين أو غاب ، ولا يتوقف الحكم على حضوره ، فيقتسمونه بالمحاصة » .
الشرح الصغير ( 138/3 ) .

أحق بما فيهما حتى يستوفي كراءه ، وكمالك أرض آجرها وزُرِعَت وأفلس المستأجر فرب الأرض أولى بالزرع حتى يستوفي قيمة الإيجار ؛ لأن المتاع والزرع كانا ألصق بالعين المؤجرة فصاحبها أولى بحقه منها . ومؤجر السفينة والدابة لحمل أفلس صاحبه قبل دفع الكراء ، ولم يستلم الحمل فرب السفينة والدابة أولى بالحمل لاستيفاء حقه منه ، والصانع الذي أتم عمله ، ولم يسلم السلعة للذي أفلس ولم يقبض أجر عمله فهو أولى حتى يستوفي أجر عمله .

كل هؤلاء يختصون بما ذكر لكل واحد فمن رفع منهم دعواه وحكم له فهو أولى بما تحت يده [1] .

ولكن ليس مجرد الترافع يقضي بالأفضلية والاختصاص ، ولمن رفع الدعوى أخذ ما أنفقه على التقاضي من مال المدين على الجملة أولًا قبل اقتسام مال المفلس ؛ لأنه دفعها من ماله الخاص فهو أولى بها أولًا ؛ ولا يحاصص مع الغرماء؛ لأنه لولا ترافعه لما وصل للغرماء هذا الكسب من نتيجة التقاضي .

وحكم من تعاقد معه المدين بعد إلغاء التعاقد كحكم من استحقت من يده السلعة كلها أو بعضها فتجري عليه أحكام ذلك ، وما دام العقد الذي بين المدين والشخص الثالث سيُلْغَى فليس للشخص الثالث إلا القيمة أو المثل يوم الإلغاء ، فلا

(1) تناولت المواد 1138 ، 1139 ، 1140 ، 1141 ، 1142 ، 1143 ، 1144 ، 1145 ، 1146 ، 1147 ، 1148 ، 1149 مدني مصري حقوق الامتياز العامة للدائنين ، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول . وتتعلق هذه الحقوق بالمصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين ، وبالمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وبالمبالغ التي أنفقت في حفظ المنقول ، وحقوق الأجراء ، وما أنفق على المدين وأهله في الطعام والملبس والدواء ، وما أنفق في البذور والسماد ومقاومة الآفات وأعمال الزراعة والحصاد وما هو لازم للإنتاج . ويثبت حق التقدم لبائع العقار في أخذ ثمنه وللمقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم إنشاؤه وتشييده وأيضًا لشركاء القسمة . وقد تناولت الموضوع ذاته المواد 1116 – 1136 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد 1424 – 1447 من التقنين المدني الأردني ، والمواد 1361 – 1380 من القانون المدني العراقي ، والمواد 1068 – 1082 من القانون المدني الكويتي . ولم يعرض الفقه الإسلامي لحقوق الامتياز على هذا النحو المفصل . ومع ذلك فإن فكرة ترتيب الديون وتقديم بعضها على البعض الآخر مما يمكن التعرف على بعض شواهده في هذا الفقه . من ذلك ما أخذ به الشافعية في تقديم دين الزكاة ( الأم للشافعي 13/2 ) وتقديم تجهيز الميت وتكفينه في الديون المستحقة على تركته ، أو تقديم ديون العباد ، وذلك إلى جانب ما أشار إليه ابن فرحون في تبصرة الحكام مما قد نعرض له في مناسبة أخرى .

يعود إليه شيء من ثمن ما أُلغي التعاقد فيه ، إلا إذا استوفى الغرماء وبقي منهم شيء فيأخذه من المطلوب له من المدين الذي تعاقد معه .

ولا يشترط في اشتراك الغرماء في نتيجة هذه الدعوى أن يدخلوا في هذه الدعوى مدعين ، بل يوضع الشيء الذي حكم به ضمن مال المدين ، ثم يحاصص كل دائن حسب دينه ، ولا يختص به أحد إلا ما ذكر من الاستثناء السابق .

ولا دخل لحوز قوة الشيء المحكوم به لأطراف التقاضي في وضع ما حكم بإلغاء التصرف فيه في مال المدين ليقتسمه الجميع ؛ لأن مال المدين للجميع وهو ضامن للسداد .

**( نتيجة المقارنات من بند 126 إلى نهاية 129 )**

يتفق التشريعان في :

نظرية الخسارة ، دعوى الدائن باسم مدينه ، شروط استعمال هذا الحق ( دعوى أبليك ) ، نتائج دعوى الدائن باسم مدينه - دعوى إبطال تصرف المدين ( دعوى بولين ) ، شروط استعمال هذا الحق .

ويختلفان في :

تعويض الضرر للدائن عند عدم تنفيذ الالتزامات ، الشرط الجزائي ، نتائج حكم بطلان التصرف .

## بند [ 141 ] خصوصيات الالتزامات المركبة

**القانون الفرنسي :**

الالتزامات المركبة هي العقود المتضمنة شروطًا كالأجل أو الضمان أو عدم الانفراد إلخ

أولًا – الشرط : وهو حادث مستقبل وغير محقق يتعلق بوجود أو عدم وجود حق عليه .

وأسباب الإلغاء المتعلقة بالشرط هي :

1 – الشرط المستحيل وغير القانوني ، وهو الشرط المستحيل حصوله كلمس السماء ، وغير القانوني كالمخالف للقوانين العامة أو للآداب ( كإن لمست السماء بإصبعك أعطيك ألفًا ، وإن صفعت فلانًا قلمًا فلك مائة فرنك مثلًا )

وحكم ذلك أن العقد الملزم للطرفين كالبيع يكون باطلًا بطلانًا عامًا .

والعقد الملزم لطرف واحد كالهبة والوصية يبطل الشرط ويصح العقد ، وكأن الشرط لم يكن .

2 – الشرط الاختياري ، وهو ما كان وجوده متعلقًا بإرادة أحد الطرفين . والشرط الاختياري نوعان : الأول ما كان متعلقًا بإرادة المدين خاصة نحو : إن أردت ، والثاني ما كان متعلقًا بإرادة أحد الطرفين وبالصدف ، (كإذا ذهبت إلى مكان كذا) وكان ممكنًا .

وحكم ذلك أنه في العقود الملزمة للطرفين فيما كان متعلقًا بإرادة المدين يكون العقد لاغيًا ، وصحيح فيما إذا كان متعلقًا بإرادة الطرفين والصدف ، وأنه متى تحقق الشرط صح .

وفي العقود الملزمة لطرف واحد فالعقد باطل بإدخال شرط كهذا فيه .

نتائج الشرط :

أولًا – الشرط المعلق :

1 – قبل حصول الشرط : حق الدائن موجود بشرط ولكن غير نهائي ، محقق غير موجود بصفة نهائية فينتج :

(أ) أن الدائن لا يمكنه إجبار المدين على التنفيذ قضائيًا قبل وجود الشرط .

(ب) إذا دفع المدين دينه للدائن خطأ قبل وجود الشرط فله استرجاعه؛ لأنه دفع مالم يجب عليه .

وينتج من أن حق الدائن موجود بشرط ما يأتي :

(أ) أن الدائن يمكنه اتخاذ إجراءات تَحَفُّظِيَّة ضد مدينه .

(ب) إذا مات الدائن انتقل حقه المعلق بشرط إلى ورثته معلقًا بنفس الشرط .

2 - بعد حصول الشرط : متى حصل الشرط وجد الحق وكأنه موجود من تاريخ التعاقد ، ويعمل وجوده في الماضي من يوم التعاقد وكأنه لا شرط .

3 - في حالة عدم تحقق الشرط : متى تخلف الشرط فلا التزام وكأنه لم يكن هناك تعاقد قط [1] .

## بند [ 142 ] الالتزامات المركبة

**التشريع الإسلامي :**

لا مانع شرعًا يمنع من تسمية الالتزامات أو العقود المتضمنة شروطًا أو أجلًا أو ضمانًا أو عدم انفراد إلخ التزامات مركبة .

فالشرط هو ما يتمسك به أحد المتعاقدين ويكون منتظرًا حدوثه ، ويترتب عليه تعليق نفس الحق وجودًا وعدمًا ، كإن شفى الله مريضي فلك مائة قرش ، أو إن تزوجت بهند هذه فلا حق لك عندي ، وقد كان يداينه في مبلغ مشروط فيه هذا الشرط .

فإن كان الشرط مستحيلًا كإن لمست السماء ووقع في عقود تقبل التعليق فلا تنعقد هذه العقود ، بل تقع باطلة كوهبتك أو أعطيتك مائة إن لمست السماء .

وإن كان الشرط حرامًا فعلًا أو قولًا فهو غير لازم شرعًا ، فالعقد على المستحيل [2] والمحظور شرعًا باطل ؛ فالذي ينبني عليه كذلك ، وما لا يجوز فعله لا

---

(1) انظر : البنود من 1168 إلى 1182 ، في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 262 ، 263 .

(2) قاعدة : العقد على المستحيل والمحظور شرعًا باطل .

يجوز أخذ الجعل عليه كإن آذيت فلانًا فلك مائة جنيه مثلًا فهذا غير لازم [1] .

فإن كان العقد لا يقبل التعليق كالبيع ، وكان عقدًا معلقًا بشرط مستحيل بطل العقد أصالة .

وإن كان الشرط جائز الحصول وكان ممكنًا من أحد الجانبين ، فإن كان من الملتزم كالبائع مثلًا كإن أردت ( بعتك داري متى شئت ) بطل العقد في عقود التزام الطرفين وكذا في غيرها لتعليق الحق بمشيئته ، ولا يعلم متى يشاء فهي مجهولة الوجود ، وأما جهل القدر المتبرع به مثلًا كوهبتك ما في جَيْبِي أو فاضلَ ربحي هذا العام فهي صحيحة ؛ لأن الجهالة في القدر المتبرع به لا في نفس وجود الحق .

فإن علق البائع مثلًا انعقاد البيع على إرادة زيد أو مشيئة عمر صح وكان كالخيار ، فإن علقه على مشيئة الله بطل ؛ لأنها غير معلومة لنا .

فإن علق الهبة على فعل جائز كإن دخلت داري فلك ألف ، أو إن جاء زيد

---

(1) قد تنطوي المعاملة على عقد واحد كبيع أو إجارة أو هبة ، كما أنها قد تشتمل على عدة عقود مركبة أو مختلطة معا . من ذلك عقد بيع منزل مع الاتفاق على استئجار البائع هذا المنزل لسكناه فيه مدة معينة ، فهو ليس عقد بيع وحده أو إجارة وحدها ، وإنما تتركب المعاملة منهما معًا . وقد أجاز علماء المذهب الحنفي العقود المركبة التي جرى بها تعامل الناس ، من ذلك : « أن يشتري نعلًا على أن يحذوه البائع ، أو جرابًا على أن يخرز له خفًّا ، أو ينعل خفه ، والقياس ألا يجوز . وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد .. ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس » ( البدائع 170/5 ) ومن هذا القبيل البيع مع اشتراط كفيل بالثمن ، ففيه بيع وكفالة . وبشبهه البيع مع اشتراط رهن المبيع للتوثق بالثمن ( المبسوط للسرخسي 19/13 ) وقد ورد في المدينة ( 402/9 ) قال مالك فيمن باع سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة : أنه إن كان الشرط إن تلف المال أخلفه له البائع حتى يتم عمله بها سنة جاز ، وإلا فلا خير فيه . وإنما جاز البيع والإجارة لأن « مالكًا يجيز البيع والإجارة أن يجتمعا في صفقة واحدة » . ولا بأس عند الشافعية بالجمع بين أكثر من عقد في صفقة واحدة إذا لم تتناقض أحكام العقود المجتمعة . ويصح لهذا دون تردد الجمع بين عقدين « متفقين كشركة وقراض ، بأن خلط ألفين له بألف لغيره ، وشاركه على أحدهما وقارضه على الآخر » .

ويصح عند الحنابلة أن يجمع المتعاملان في معاملة واحدة بيعًا وإجارة أو صرفًا بعوض واحد ( كشف القناع 74/2 ) ويصح عندهم اشتراط البائع نفع المبيع مدة معلومة كأن يبيع دارا ويستثنى سكناها سنة أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم .

الشرح الكبير مع المغني 49/4 . وراجع نظرية العقد في الفقه الإسلامي . د . محمد سراج ص 30 .

فلك مائة صح العقد ، وتوقف على وجود الشرط ، وكذلك قوله : إن شفى الله مريضي فلك مائة ، ومتى تحقق الشرط وهو دخول الدار ، أو مجيء زيد ، أو شفاء المريض وجب أداء المشروط ويقضى على الملتزم بها [1] .

وإن كان الشرط من الملتزم له وهو المشتري فإن كان يعود على نفس الالتزام بما ينافيه لا يصح كأن يلتزم المشتري بعدم بيع ما اشتراه ولا استعماله كركوب دابة مثلًا فهو شرط باطل . والعقد المشتمل عليه باطل ، وكذا إن اشترط عدم أداء الثمن إلا كما يشاء أو إلى أجل غير مسمى فالعقد باطل [2] .

وعلى الجملة فالتكلم على مثل هذه الشروط في غير أبوابها خلط ؛ لأن كل عقد له شروط وأركان قد تتنافى مع شروط العقد الآخر . فمن باب حصر الإفادة والاستفادة يجب الرجوع إلى كل باب على حدة لتعرف ذلك فيه ، ولكننا فعلنا هذه المقارنات تبعًا لما توخيناه من السير كما سار عليه هؤلاء المؤلفون .

وقد سبق الكلام عليه في العقد بشرط فارجع إليه إن شئت .

---

(1) تناولت المواد 365 مصري ، 251 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، 393 مدني أردني تعريف الالتزام المعلق على الشرط بما إذا كان وجود هذا الالتزام أو زواله معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع .
ويتفق ذلك مع ما جاء في تعريف المادة 315 من مرشد الحيران لهذا النوع من الالتزام ، وكذا المادة 82 من المجلة العدلية . وقد تناولت أحكام هذا النوع من الالتزام المواد 366 – 370 مدني مصري والمواد 252 – 256 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمواد ، 394 – 401 من القانون المدني الأردني . وهو ما تناولته المواد 315 – 322 من مرشد الحيران ، وراجع الموضوع في حاشية ابن عابدين 687/2 وما بعدها والبدائع 126/5 وحاشية الدسوقي 91/3 والمغني لابن قدامة 66/4 وما بعدها .

(2) تقدم أن الشرط أمر مستقبل محتمل الوجود ويترتب على حدوثه حدوث الالتزام ونشوئه . وعليه فلا يكون للالتزام وجود إن علق على شرط غير ممكن الحدوث أو كان هذا الشرط مخالفًا للنظام العام والآداب .
ويجري التمييز في الاصطلاح القانوني بين ما يسمى بالشرط الواقف إن كان المترتب على وجود الشرط قيام الالتزام ، أما إن ترتب على حدوث الشرط غياب الالتزام وإنهاؤه فيسمى بالشرط الفاسخ ، كالاتفاق على إنهاء عقد الإيجار إن عينته الحكومة في بلد آخر . وهذا الاصطلاح القانوني ليس موجودًا في الفقه الإسلامي ، ومع ذلك فإنه تقسيم غير بعيد عن قواعد الفقه الإسلامي . ولهذا لم يستخدم القانون الأردني في المواد المشار إليها في الهامش السابق أيا من مصطلحي الشرط الواقف أو الفاسخ .

## بند [ 143 ] حق معلق على شرط وحق مستقبل

**القانون الفرنسي :**

بين الحقين اتفاق في أن كلًّا منهما خاضع لحادث مستقبل معلق عليه ، فالحق المعلق على شرط تحققه تابع لتحقق شرطه ، والحق المستقبل خاضع لوفاة المورث .

ويختلفان فيما يأتي :

1 - الحق المعلق على شرط أقوى من الحق المستقبل ؛ لأن الأول لا يمكن رفعه عن صاحبه وحرمانه منه ، والثاني يمكن للمورث التصرف في ملكه بهبة أو وصية لغير الوارث ، فليس عند الوارث إلا أمل في الميراث .

2 - يمكن لمالك الحق بشرط أن يتصرف فيه ببيع أو رهن أو أي تصرف فقط يكون خاضعًا للشرط المعلق بخلاف الحق المستقبل ، فلا يجوز التصرف فيه بأي تصرف من هذه قبل تحققه .

3 - متى تحقق الشرط عمل به في اليوم الماضي من يوم الالتزام ، ومتى وجد الحق المستقبل فلا يُعْمَل به إلا من يوم تحققه فقط .

**ثانيًا - الشرط الملغى :**

الشرط الملغى قسمان : شرط ملغ صريح ، وشرط ملغ ضمني ، وهما يكونان في عقد الالتزام الملزم من الطرفين ، وحكمه كالآتي :

1 - قبل حدوث الشرط : للدائن الحق في طلب تنفيذ الالتزامات .

2 - بعد حصول الشرط : يعمل به في الماضي من يوم الالتزام ، وكأنه لم يكن هناك التزام أو تعاقد ، وما تعاقد عليه المشتري من حقوق عينية يصبح لا قيمة له .

3 - عند عدم حصول الشرط تعتبر الالتزامات كأنها بدون شرط ولا قيد ، وتُنَفذ من الجانبين .

### ضمان الخسارة في حالة الشرط المعلق :

يفترض وجود ظرفين لتحقق حكم الخسارة :

1 - يلزم أن يكون فقد الشيء الملتزم به حصل قبل حصول الشرط ، فإن فقد

بعد حصول الشرط انتقلت المسألة إلى ضمان الخسارة في تعاقد بسيط ، وقد تقدم حكمه .

2 – يلزم أن يتحقق الشرط ؛ لأنه عند عدم تحقق الشرط يفرض أنه لم يكن ولا وجود له من وقت الالتزام .

ومتى تحقق الظرفان ، وتلف الشيء الملتزم به كلية كانت الخسارة على المدين ، وهو البائع مثلًا ، وليس له مطالبة المشتري بالثمن . فإن كان التلف جزئيًا فعلى المدين أيضًا . غير أن المشتري بالخيار بين قبول ما بقي من الشيء محل الالتزام بالثمن جميعه بدون نقص فيه ، وبين عدم القبول .

## ضمان الخسارة في حالة الشرط الملغى :

يلزم افتراض أن التلف الطارئ حصل قبل تحقق الشرط ، ثم تحقق الشرط بعد ذلك ، ولا يوجد نص قانوني على الحكم؛ ولذا اختلف العلماء ، والرأي المعمول به أن الخسارة يتحملها المشتري مثلًا في البيع [1] .

### بند [ 144 ] الحق المعلق على شرط ملغ والحق المستقبل

**التشريع الإسلامي :**

الحق المعلق على شرط ( كإن شفى الله مريضي فلك ألف قرش ) تحققه تابع لتحقق الشرط [2] وهو شفاء المريض . والحق المستقبل كحق الوارث في الميراث خاضع لوفاة المورث ، فالحق في كل منهما موجود .

فالحق المعلق على شرط قد لا يتحقق شرطه فلا يوجد ، والحق المستقبل يمكن ألا يكون كأن يموت المورث فقيرًا أو يموت الوارث قبل استحقاقه الميراث ، وقد يبيع المورث أملاكه قبل وفاته فلا يترك ميراثًا . وليس للمريض أن يهب أو يتصدق

---

(1) انظر : البنود من 1183 إلى 1188 ، في الفصل الثاني ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 263 : 265 .

(2) قاعدة : الحق المعلق على شرط تحققه تابع لتحقق الشرط . وهذه القاعدة ثابتة في المادة 400 من القانون المدني الأردني بلفظ « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط » ، وهو قريب من لفظ المادة 82 من المجلة العدلية .

أو يوصي من ماله بأزيد من الثلث لغير الوارث والوارث لا تجوز له الوصية .

التصرف في الحق المعلق ( كإن قدمنا إلى المدينة فلك منزلي مثلًا ) يجوز ، وهو خاضع للشرط ؛ لأنه أقرب إلى الوجود منه إلى العدم حيث كان الشرط ممكنًا بخلاف الحق المستقبل ، فلا يجوز لوارث قبل تحقق استحقاقه أن يتصرف فيه لا ببيع ولا هبة ولا غيره على الأصح . وقيل : إن وهبه حال مرض مورثه الذي مات فيه لزمه . وقيل : لا [1] .

الحق المستقبل يتلقاه صاحبه كما انتقل إليه بما له وما عليه . وأما الحق المعلق فإن كان الالتزام لأجل معين كسنة أو شهر ، وكان الشيء الملتزم به معينًا كبيت ودابة فإن الملتزم يُمْنَع من بيعه وإخراجه عن ملكه . فإن كان الأجل مجهولًا كإن جاء فلان أو إن شفى الله مريضي فإنه لا يمنع من البيع ، وكذا إن كان الشيء ليس معينًا .

فلو ضاع الشيء الملتزم به أو تلف بتفريطه لزمه قيمته إن كان قيميًّا أو مثله إن كان مثليًّا .

أما الشرط الملغى وما يترتب عليه فقد سبق الكلام عليه فارجع إليه إن شئت .

وأما ضمان الخسارة في الشرط المعلق فقد سبق الكلام عليه في البيع بشرط ( كإن لم تأت بالثمن لمدة كذا فلا بيع بيننا ) . وقد بينا أن الضمان في البيع الصحيح يلزم المشتري بمجرد العقد ، وفي العقد الفاسد يلزم المشتري بالقبض ، وبيَّنا حكم عدم الوفاء بالالتزام بعد حلول وقت الأداء بما لا مزيد عليه فارجع إليه إن شئت .

وكذلك أبنَّا ضمان الخسارة في حالة الشرط الملغى .

---

(1) تقدم تحديد المواد القانونية التي تناولت ثبوت المعلق بالشرط عند وقوع المعلق عليه . ولعل القانون المدني الأردني هو الأقرب إلى اصطلاحات الفقه الإسلامي في ذلك ، حيث لم يجر استخدام مصطلحي الشرط الواقف والفاسخ في المواد التي تناولت الالتزام المعلق على شرط ، أما غيره من القوانين المدنية العربية فقد تابعت القوانين الغربية في استخدام هذا الاصطلاح .

## بند [ 145 ] الأجل

**القانون الفرنسي** : الأجل هو حدث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال أو بوجود الحق .

**نتائج الأجل المعلق**

تتخلص نتائج الأجل في أمرين :

**الأول** : أن الأجل لا يمنع الالتزام من الوجود . ومعنى هذا أن المدين لو دفع قبل الأجل فليس له استرجاع ما دفع بدعوى أنه أدى ما لم يجب عليه .

**الثاني** : الأجل يؤخر طلب الالتزامات ، فليس للدائن إلزام المدين بتنفيذ التزاماته ، ولكن له اتخاذ طرق تَحَفُّظِيَّة ضد مدينه .

### التنازل عن الأجل :

المفروض أن الأجل في الالتزامات لصالح المدين ، فله حق التنازل عن الأجل وإلزام الدائن بقبول دينه ، إلا إذا كان مشروطًا أن التنازل عن الأجل حق للدائن فلا يصح جبره على قبول حقه ، وإلا إذا كان الأجل للمصلحة العامة ، أو لصالحهما معًا ، فلا يصح التنازل من أحدهما فقط .

وبما أن الأجل من حق المدين فيحرم منه لأحد أمرين :

**أولًا** : الإفلاس ، متى أفلس المدين حلت جميع ديونه المؤجلة وكذا من أعسر عن الدفع أو صفَّى ديونه اختياريًّا .

**ثانيًا** : نقص الضمان المالي بفعل المدين عن وقت الالتزامات فتحل الديون المؤجلة ؛ لأنه ليس أهلًا لمنحه هذا الحق ما دام يعمل على ضياع ثقة دائنيه فيه .

فإن نقص الضمان بحال لا دخل للمدين فيها فالمدين بالخيار : إما أن يدفع دينه قبل أجله ، أو يقدم للدائن ضمانًا كافيًا لدينه ، وعلى الدائن القبول فلا يحل الدين .

### الأجل المنحة :

الأجل المنحة مقابل للأجل الاتفاقي أو القانوني . وهو الأجل الذي تمنحه المحكمة إلى المدين التعيس ليتمكن من سداد دينه . ولا يُمْنَح الأجل القضائي في

الأحوال الآتية :

( 1 ) لا يمنح للمدين في شيك مسحوب على البنك ولا في سند تحت الأمر؛ لأن هذه أعمال تجارية يجب أن تدفع في مواعيدها مهما كانت الدواعي ، لتأكد سير التجارة .

( 2 ) لا يمنح لمدين البنك العقاري الفرنسي لوجود قانون ينص على ذلك لمصلحة البنك .

( 3 ) لا يمنح لمدين حكم عليه بدفع دينه ، فلا يرفع المدين لمحكمة أخرى ولا للمحكمة التي حكمت عليه طلبًا لمنح الأجل .

( 4 ) لا يمنح لمدين في بيع حبوب أو سندات مالية بعد حلول أجل التسليم .

( 5 ) لا يمنح في البيع الوفائي .

**والفرق بين الأجل الاتفاقي أو القانوني والأجل المنحة ما يأتي :**

( 1 ) الأجل المنحة لا يمنع التعويض بخلاف الأجل الاتفاقي .

( 2 ) الأجل المنحة لا يمنع حجز ما للمدين تحت يد الغير .

( 3 ) الأجل المنحة يزول لأسباب كثيرة ، منها توقيع حجز من آخر على أموال المدين [1] .

## بند [ 146 ] الأجل

**التشريع الإسلامي :** هو مدة من الزمن لا يجب الوفاء بالالتزام فيه أو لا يباشر صاحب الحق استيفاءه فيه ، فالبيع سلمًا أو الهبة بعد أجل يجب الوفاء بالالتزام فيهما بعد مرور الأجل [2] . فنفس الحق موجود ، ولكن استيفاءه أو لزوم أدائه مقرون بمرور الأجل .

فمن اقترض أو اشترى شيئًا لأجل فإن الأجل لا يوقف الالتزام لحصوله عند

---

(1) انظر البنود : من 1185 إلى 1188 ، في الفصل الثاني ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول .

(2) قاعدة : البيع بالسلم يجب الوفاء بما يوجبه من بعد مرور الأجل .

القرض أو عقد الشراء ولا يعلقه [1] ، وإنما هو غاية للإيفاء ؛ فيؤخر تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحد الجانبين مدة من الزمن وهي مدة الأجل ، فمن أدى ما التزم قبل حلول أجل الالتزام فقد أدى ما وجب عليه فلا رجوع له [2] .

وللغريم ( الدائن ) ولو تأجل دينه منع مدينه من إعطاء غيره من الغرماء قبل الأجل ، ومن إعطاء كل ما بيده للغريم ولو حل دينه . وللغريم منع من أحاط الدين بماله أو ساواه من تبرعه [3] . ومعنى هذا أن لصاحب الحق المؤجل اتخاذ الطرق التحفظية التي تكفل وجود ضمان في أموال مدينه للوفاء، ولكن ليس له طلب إفلاسه ولا منعه من التصرف بمعاوضة ؛ لأنه يشترط لذلك حلول دين الدائن .

## التنازل عن الأجل :

قد يكون الأجل من حق المدين فقط ؛ فله التنازل عنه وجبر الدائن على قبول الدين . وقد يكون الأجل من حقهما معًا ؛ فلا يجوز التنازل عنه من أحد الطرفين بل لا بد من رضاهما معًا ، وقد يكون الأجل من حق الدائن فهو صاحب الحق فيه

(1) قاعدة : الأجل لا يوقف الالتزام وإنما يؤخره إلى مدته .

(2) تناولت المواد 271 - 273 مدني مصري ، والمواد 257 - 261 مشروع مدني مصري طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع الالتزام لأجل ، عندما يكون نفاذه أو انقضاؤه مرتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ، وأحكام هذا الالتزام المؤجل . وهو ما تناولته المواد 329 - 332 كويتي ، والمواد 291 - 295 عراقي ، والمواد 402 - 406 مدني أردني . وقد تناول الفقهاء المسلمون هذا النوع من الالتزام ، وأوجبوا معلومية الأجل ، ولو بنحو توسع كقدوم الحاج وزمن الحصاد ، وأجازوا التأجيل بنظر القاضي وأمره ، رغم التسليم بأن الأساس في تحديده هو الاتفاق والتراضي بين المتعاقدين ( حاشية الدسوقي 279/3 ) وبينت المادة 320 من مرشد الحيران أن العقد المضاف هو ما كان مضافا إلى وقت مستقبل ، كما نصت المادة 156 من المجلة العدلية على أن التأجيل هو تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين ، كما نصت المادة 157 من المجلة العدلية على أن التقسيط هو تأجيل أداء الدين منصرفًا إلى آجال معينة . وقد رجحت القوانين المشار إليها عدم إسقاط الأجل بموت الدائن لا المدين ، وبسقوط الآجل إذا حكم على المدين بإفلاسه ، وكذا إذا تنازل عنه صاحب المصلحة فيه . راجع في هذا المادة 214 من مرشد الحيران التي نصت على أن الأجل لا يسقط بموت الدائن ويحل بموت المدين. وهو مذهب الأحناف والشافعية ، خلافًا للمالكية ، الذين ذهبوا إلى عدم انتهاء الأجل بموت المدين إذا اتفق مع الدائن على ذلك ( الدسوقي 265/3 ) . راجع في هذا النوع من الالتزام المواد 156 ، 157 ، 248 من المجلة العدلية .

(3) الشرح الصغير ( 137/3 ) وما بعدها .

بلا جبر عليه .

وللأجل علاقة قوية بمحل الاقتضاء أو الأداء المشروط الأداء فيه أو محل العقد إذا لم يكن هناك محل مشترط .

وقد يكون الدين ترتب في ذمة المدين من بيع شيء مؤجلٍ تسليمه المعروف بالسلم . وقد يكون الدين من قرض . وقد يكون الدين عُرُوض تِجارة أو عينًا ( ذهبًا أو فضة ) ، ولكل حالة من هذه الأحوال حكم خاص كما ترى (1) .

أولًا - جاز قبل حلول الأجل قَبُولُ المسلَم فيه ( المبيع لأجل ) بصفته فقط ، كما يجوز قبولُهُ قبل المحل المشترط إن حل الأَجل (2) .

فاقتضاء المسلم حقَّه ممن هو عليه جائز بلا جبر حيث قضاه قبل الأجل أو المحل ؛ لأن الأجل في السَلم حق لكل من المتعاقدين في غير النقد .

فإذا كان المسلَم فيه نقدًا أجبر المسلِم على قبوله قبل الأجل إن طلب المسلم إليه ؛ لأن الأجل حق لمن عليه الدين .

وإن كان الدين قرضًا فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عينًا أو غيره .

ولزم المشتري القبول والبائع الدفع بعد الأجل والمحل .

**ثانيًا** : لا يلزم المسلم إليه دفع السلم ولا المسلم قبوله بغير محله المشترط ، أو محل العقد عند عدم الشرط ، ولو خف حمله ، إلا أن يرضيا بذلك وذلك إذا كان الدين غير عين .

فإن كان الدين عينًا فالقول لمن طلب القضاء منهما حيث حل الأجل ولو في غير محل القضاء ، فيلزم رب الدين قبوله إذا دفعه له من هو عليه ، ويلزم من هو

---

(1) شرط صحة السلم تعجيل رأس المال على تفصيل فيه إلخ .

راجع باقي تفصيلات الجائز والممنوع في السلم . الشرح الصغير جـ 3 ص 105 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 202 وما بعدها .

(2) وجاز قبل حلول الأجل قبوله ، أي المسلم فيه بصفته التي وقع عليها ، لا أزيد ولا أنقص . الشرح الصغير ( 113/3 ) .

عليه دفعه لربه إذا طلبه ولو في غير محل القضاء [1] .

**ثالثًا** : فإذا لم يحل الأجل فالحق لمن عليه العين في المكان والزمان . فإذا طلب المدين تعجيل العين قبل انقضاء الأجل ، أو طلب دفعها في غير محل القضاء فإنه يجبر ربها على قبولها كانت العين من بيع أو قرض - إلا إذا وجد خوف قبل الزمان أو المكان فلا يجبر من هي له على قبولها إلا بعد الزمان أو المكان المشترط ربها قبضها فيه - فلو أجبره على قبولها وتلفت منه ضاعت على الدافع ، ولا فرق بين عين البيع والقرض على المعتمد هذه الأحكام عند عدم الشرط بين الطرفين في حق الأجل ، فإن كان شرط عُمِل به .

فعلم من هذا التفصيل أن الحق في الأجل للمدين بعين من بيع حال أو سلم ، وللمدين أيضًا من قرض عينًا أو غيره فله أن يتنازل عنه كما له أن يتمسك به ، ولكنه يحرم منه جبرًا في :

**أولًا** : الإفلاس بالمعنى الأخص [2] - وهو الحكم بخلع مال المدين لغرمائه - فيحل بهذا التفليس ما أُجِّلَ من الدين الذي على المفلس للغير ، إلا لشرط بعدم الحلول بالفلس فيعمل بالشرط ولا يحل الدين بالتفليس إذن . وأما الدين الذي للمفلس على غيره فلا يحل إلا بحلول أجله [3] .

وأما إنقاص الضمان المالي عن وقت الالتزام فلا يحل به الدين ؛ لأن المشرع جعل للدائن حق الرقابة البعيدة على تصرف مدينه فإن فرط في حقوقه بما ينقص مقدرته على الوفاء جاز للدائن رفع القضايا باسمه كدائن لحفظ مال مدينه . وإن تصرف تصرفًا يفقره قاصدًا تعجيز نفسه عن الوفاء بالتزاماته جاز لدائنه طلب بطلان هذه

---

(1) بينت المادة 259 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أن المفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معًا ، وأن صاحب المصلحة في الأجل بعد تبينها هو الذي يستطيع أن يتنازل عن الأجل ، ويتفق ما أتت به هذه المادة مع المواد 294 عراقي ، 331 كويتي ، 405 أردني . ويتفق هذا مع ما عبرت عنه المادة 212 من مرشد الحيران .

(2) تناول الدردير الإفلاس في الشرح الصغير جـ 3 ص 137 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 202 .

(3) تناولت المادة 273 مدني مصري والمادة 261 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية الحكم بسقوط الأجل في الالتزام بإفلاس المدين ، وهو ما جاء في المادة 295 عراقي والمادة 332 كويتي والمادة 404 من القانون المدني الأردني .

ويستند ما أخذت به هذه المواد من الحكم بحلول الأجل بإفلاس المدين وإعساره إلى الفقه المالكي الذي اختلف مع الفقه الحنفي والشافعي . وعن أحمد في حلول الديون المؤجلة بتفليس المدين روايتان .

شرح الزرقاني 267/5 وحاشية الدسوقي 266/3 والمغني 435/4 وكشاف القناع 437/3 .

التصرفات . وهذا منتهى ما يمكن من حفظ حق الدائن [1] . لكنا لو أبحنا للدائن نقض الأجل لمجرد تصرف المدين تصرفًا ينقص في قدرته المالية لجعلنا المديونية سببًا مباشرًا في الرقابة الفعلية على تصرفات المدين ، وهو لا يتفق مع مطلق التصرف فيما يملك ، ولو سلمنا بهذا لحصل تنازع دائمًا بين الدائن والمدين في كل تصرف يرى الدائن أنه منقص لقدرة غريمه على الدفع [2] ، لهذا كان المشرع الإسلامي حكيمًا في

(1) تناولت المادة 237 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 263 من التقنين العراقي . والمادة 310 من التقنين الكويتي موضوع إحاطة الدين بأموال المدين وحق دائنيه في منعه من التصرف في ماله بالتبرع بهبة أو صدقة . وهو ما تناولته المادتان . 370 و 371 من التقنين الأردني . فالمادة 370 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أحاط الدين حالًا أو مؤجلًا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعًا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه » . والمادة 371 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة ، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم . ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقًا لأحكام القانون » .

وأسس دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق دائنيه قائمة في الفقه المالكي . ففي هذا الفقه تتقيد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر . فلا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم . ويجب لذلك توافر الشروط الآتية :

أولًا : أن يكون المدين قد أحاط الدين بماله . وذلك بأن تكون ديونه ، الحالة منها والمؤجلة ، أزيد من ماله أو مساوية له ( الخرشي جـ 5 ص 263 . حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 و 263 ) .

ثانيًا : أن يكون المدين عالمًا وقت التصرف بأن الدين محيط بماله ( الحطاب جـ 5 ص 35 ) .

ثالثا : أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارًا بحقوق الدائنين . فلا يسري في حقهم إذا كان تصرفًا مفقرًا يجرد المدين من ماله دون مقابل ويكون سببًا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ( حاشية الدسوقي جـ 3 ص 262 – 264 الحرشي جـ 5 ص 263 و 264 و 265 ) .

( عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ 5 ص 181 – 192 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 79 ) .

(2) تفيد المادتان 741 ، 742 من مجلة الأحكام العدلية أن إضعاف المدين بفعله ما أعطاه الدائن من تأمين خاص قد يوجب حلول الدين المؤجل ، وهذا خلاف ما استشعره المؤلف ، وقد تناولت المادة 273 مدني مصري ، والمادة 261 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية أحوال سقوط حق المدين في الأجل ، وذلك إذا شهر إفلاسه أو ثبت إعساره بأن كانت أمواله لا تفي بديونه الحالة ، أو إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص .. أما إذا كان إضعاف التأمين ونقصه راجعًا إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط كذلك إذا لم يقدم المدين للدائن ضمانًا كافيًا . ويسقط الأجل في الدين إذا لم يقدم المدين التأمينات التي وعد المدين في العقد بتقديمها .

قصر حلول الأجل في الالتزام المؤجل على التفليس الفعلي .

**الأجل المنحة :**

والأجل المنحة هو ما يراه القاضي من المصلحة العامة كمدين عتت عليه ظروف لو أجله القاضي لقام بالسداد ، فيتعين على القاضي إجابة طلبه بالإمهال . فإذا ثبت أن المدين غير مماطل دفع كل ما يملك لغرمائه وطلب بعضهم إفلاسه مع نيته الطيبة بالوفاء فلا يجيبه القاضي للحكم بالإفلاس ، ويؤجل هذا المدين أجلًا يمكّنه من السداد ما لم يكن مشهورًا بالمطل والمراوغة في سداد ديونه ؛ فلا يجيبه القاضي [1] .

ومتى حكم عليه بدفع دينه لشغل ذمته وجب عليه الوفاء و الدفع لما التزم به ، ولا يمنح أجلًا للوفاء بعد إلزامه بالدفع إلا إذا ثبت عسره فيجب انتظار ميسرته . ولا فرق بين بيع حبوب أو سندات أو غيرها ، فكلها التزامات يجب الوفاء بها [2] .

## بند [ 147 ] الالتزامات التخييرية

**القانون الفرنسي** : الالتزامات التخييرية هي التعاقد على شيئين أو أكثر في عقد واحد ، بحيث يكون لأحد الطرفين الخيار في قبول أحدهما وتبرأ ذمة المدين متى أدى واحدًا من مواد الالتزام .

---

(1) يجوز للقاضي أن يمهل المدين ويؤجله بناء على طلبه إذا كان التأجيل متفقًا عليه بين الطرفين ، وانتهى الأجل ولم يف المدين بالدين في الوقت المحدد ، وذلك إذا رأى القاضي أن المدين غير قادر على الوفاء في هذا الوقت ، وأن إمهاله سيزيد من قدرته على الوفاء وهذا هو معنى قوله تعالى ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .

(2) تناولت المادة 272 من القانون المدني المصري حق القاضي في تأجيل الدين عن الموعد المتفق عليه ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وهو ما تناولته المادة 260 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 297 من التقنين العراقي . والمادة 403 من التقنين الأردني . والمادة 334 من التقنين الكويتي .

وتستند هذه المواد إلى ما جاء في الآية الكريمة : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 279/3 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 84 ) .

وقد تتحول الالتزامات التخييرية إلى التزام واحد بسيط عندما يهلك أو يتلف أحد مادة التعاقد ، ولم يبق إلا واحد فيتعين أداؤه ، وعندما يكون الثاني من مواد التعاقد لا يصلح للالتزام قانونًا فيتعين ما يصلح .

واختيار مادة التعاقد في الالتزامات التخييرية يكون للمدين عادة ، ويصح جعله للدائن بشرط . والاختيار لا يتجزأ . وتبرأ ذمة المدين بفقد مادة التعاقد الكلي ، ولكن إن فقد أحد مادة التعاقد وجب عليه إعطاء الآخر .

## الالتزام الاختياري :

وهو الالتزام بشيء محدد مع إعطاء المدين الحق في التعويض عنه بشيء آخر محدد أيضًا ، كضريبة العمل في البلدية ثلاثة أيام . فقد حتم القانون دفع أجر عامل ثلاثة أيام مثلًا على كل ممول . وأباح له أن يقدم نفسه للعمل شخصيًّا ثلاثة أيام فأيهما فعل أبرأ ذمته .

الفرق بين الالتزامات التخييرية والالتزامات الاختيارية أن كلًّا منهما تبرأ ذمة المدين متى أدى واحدًا من مادة الالتزام المتعددة حسب اختياره . ويختلفان في أن الالتزامات المتعاقد عليها تجب جميعها في الالتزامات التخييرية ، وفي الالتزامات الاختيارية يجب واحد منها فقط ، والثاني ليس بواجب بل اختياري ، وينتج من ذلك :

( 1 ) أنه في الالتزام الاختياري متى فقد أو تلف المتعاقد عليه بقوة قاهرة فقد برئت ذمة المدين ، وليس ملزمًا بأداء ماخير فيه من مادة التعاقد بخلاف الالتزام التخييري فيجب عليه أداء الشيء الثاني متى كان موجودًا .

( 2 ) أنه في الالتزام الاختياري متى كانت مادة الالتزام لا تصلح للتعاقد فليس المدين ملزمًا بشيء كما إذا كان غير قانوني أو ضد الآداب العامة ، بخلاف الالتزامات التخييرية فإن المدين ملزم بأداء المادة الأخرى متى كانت قانونية للتعاقد [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1189 إلى 1196 ، في الفصل الثالث ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 265 ، 266 .

## بند [ 148 ] الالتزامات التخييرية (1)

**التشريع الإسلامي** : يجوز التعاقد على التزامات تخييرية ، كأن يبيع زيد أحد ثوريه الموصوفين الغائبين عن مجلس البيع ، ويجعل الخيار للمشتري في أيهما شاء أخذه بثمن كذا . ومتى أحضر البائع ثوريه واختار المشتري أيهما فقد لزم البيع وبرئت ذمة البائع . فإن كان الخيار للبائع كأن يقول : بعتك أحد ثوري الذي أريده ، وكان الثوران موصوفين سنًّا ونوعًا وقوة إلخ ، وقبل المشتري على ذلك فالخيار للبائع قطعًا ، ومتى أدى أحدهما فقد برئت ذمته .

فإن كان الخيار للبائع ، وفقد أحد الثورين ؛ وجب عليه تقديم الآخر إلى المشتري . فإن تلفا معًا أو ماتا فقد تلاشت مادة التعاقد ؛ فلا بيع ولا التزام متى كان بدون تعد من الملتزم . وهذا الالتزام التخييري كفرض الكفاية فهو واجب على الجميع ، ولكنه يسقط بفعل واحد منهما كالصلاة على الميت ، فهي فرض كفاية على المسلمين كافة ، ومتى فعلها واحد منهم سقطت عن الجميع .

أما الالتزام الاختياري فهو التزام بأحد شيئين يلزمه أولًا أداء واحد منهما ، فإن لم يفعل وجب عليه عمل الثاني . وهذا كعونة البحر في مدة زيادة النيل وطغيانه على الجسور فيخشى منه الغرق ، فقد فرض شرعًا المعونة من الأهالي لدرء أخطار الفيضان بالتناوب فيؤخذ من كل بلد عدد معين من الذكور البالغين سن كذا ،

---

(1) يعني الالتزام التخييري في الاصطلاح الذي أخذ به القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ( المواد 262 وما بعدها ) أن يكون التخيير بين محلين أو أكثر يتوافر في كل محل منها ما يجب توافره من شروط في محل الالتزام ، ويكون الواجب أداء واحد منها لكي تبرأ ذمة المدين براءة تامة . فإذا كان التخيير فيه بين شيئين لم تتوافر في أحدهما شروط المحل في الالتزام كان الثاني وحده هو محل الالتزام ، وتعين الوفاء به ، وكان الالتزام بسيطًا غير تخييري . والواجب أداؤه في الالتزام التخييري هو أحد الشيئين ، ولا تتجه المطالبة إلا لأي منهما . ولا يختلف الفقه الإسلامي في بيان الواجب في هذا النوع من الالتزام ، وإنما الخلاف في التسمية ، فإن الفقه الإسلامي يطلق على هذا النوع من الالتزام خيار التعيين الذي يتضمن قيام خيار بين شيئين أو أكثر مطلوب الوفاء بأحدها . ولم يذهب إلى جواز خيار التعيين إلا الحنفية والمالكية استثناء من قاعدة وجوب تعيين محل العقد ، فذكروه في عقد البيع . وصورته أن يبيع شخص لآخر شيئًا من أشياء متعددة مختلفة الثمن ، ومحددا لكل منها ثمنه على أن يكون للمشتري الخيار في أخذ واحد منها بالثمن المحدد له في مدة يتفقان عليها . راجع المبسوط للسرخسي 57/13 والبدائع 157/5 والمواد 53 ، 316 – 319 من المجلة العدلية ، والمواد 410 – 412 من مرشد الحيران .

فمن جاء دوره وجب عليه الخروج شرعًا . ولكن أباح ولي الأمر لمن قام به عذر عن الخروج أن يكتري شخصًا آخر مكانه ويزوده بالمؤنة والنفقة فيخرج مكانه ، وبذا يكون قد أدى واجبه وسقط عنه الخروج بإخراج هذا البدل .

وما ذكر من النتائج المترتبة على الفرق بين الالتزامين هي نتائج اعتبارية فقط ، وإلا فنتيجة الالتزامين أن ذمة المدين تبرأ بأداء واحد مما التزم به أو ألزمه القانون بها (1) .

## بند [ 149 ] الالتزامات التضامنية

**القانون الفرنسي – ملاحظات أولية :** إلى هنا كان الدائن واحدًا والمدين

(1) تناولت المادتان 275 – 276 مصري والمواد 262 – 266 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع الالتزام التخييري الذي يكون « محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدًا منها . ويكون الخيار للمدين ، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » .
وهو ما تناولته المادة 298 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 – يصح أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن .
2 – وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين ، إلا إذا اقتضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن .
وهو ما جاء في المادة 336 من التقنين الكويتي التي تطابقها المادة 398 من التقنين العراقي المذكورة .
وكذا المادة 407 من التقنين الأردني التي تنص على أنه .
1 – يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدي واحد منها .
2 – ويكون الخيار للمدين إذا كان مطلقًا ، إلا إذا قضى الاتفاق أو القانون بغير ذلك .
وخيار التعيين في الفقه الإسلامي ، وهو الذي يقابل التخيير في الالتزام التخييري ، لا يجوز أن يقع على أكثر من أشياء ثلاثة ، أو يلزم فيه ذكر المدة التي يتم فيها الخيار على خلاف في الرأي ، ويكون الخيار إما للمشتري أو للبائع حسب الشرط ( راجع المبسوط للسرخسي جـ 13 ص 55 . البدائع للكاساني جـ 5 ص 157 . فتح القدير للكمال بن الهمام جـ 5 ص 131 . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط جـ 3 ص 141 و 142 هامش 1 ) .
وانظر أيضًا م 316 من المجلة و م 410 من مرشد الحيران .
والظاهر أن نقل الملكية في خيار التعيين في الفقه الإسلامي يستند إلى الماضي في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أي للدائن ( انظر البدائع جـ 5 ص 261 – 262 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط جـ 3 ص 165 هامش 1 ) .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 84 ، 85 ) .

واحدًا ، ولكن قد يعرض أن يكون التعاقد بين طرفين متعددين ابتداء ، أو يصبح الطرفان أو أحدهما متعددًا عندما يتوفى أحد الطرفين المتعاقدين تاركًا الالتزام إلى ورثته .

وفي حالة تعدد الدائنين والمدينين على هذه الصفة فليس للدائن أن يطالب أحد المدينين بما زاد عن حصته في الدين ، وليس على المدين دفع غير حصته في الدين . وهذه حالة الاجتماع .

ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : التضامن بين المدينين ، وعدم قسمة الدين . ويوجد نوعان من التضامن :

## أولًا : التضامن في الطلب :

التضامن في الطلب : هو أن يكون بين الدائنين تضامن بحيث يجوز لأحدهم طلب كل الدين لا ما يخصه ، وأنه متى تسلم أحدهم برئت ذمة المدينين قِبَلَ جميع الدائنين . والوصف القانوني لهذا التضامن هو أن مادة التعاقد واحدة بالنسبة لجميع الدائنين ، وهي الواجبة لكل واحد منهم ، وأن الدائنين متعددون بحيث إن لكل واحد منهم مقاضاة المدين وتسلم الدين . وينتج هذا التضامن دائمًا من إرادة المتعاقدين لا من القانون ، وهو قليل في التعامل .

## نتائج الالتزامات التضامنية :

**أولًا** : بين الدائنين المتضامنين وبين المدين ، هذا التضامن يفيد أن كل دائن يمثل الآخر بالتقابل بينهم وجهًا لوجه قِبَلَ المدين في المحافظة على الدين واستيفائه لا في إنقاصه ولا الإبراء منه أو تضييعه ، فينتج من ذلك :

1 - أن كل دائن له الحق في رفع الدعوى ضد المدين وطلب الدين كاملًا منه .

2 - كل دائن يمكنه قبض الدين جميعه من المدين ، وللمدين أن يدفع لأي واحد منهم مادام لم ترفع عليه الدعوى من أحدهم بالذات فيدفع له ، ومتى أدى لأحد برئت ذمته .

3 - كل عمل يقطع المدة أو يحفظ حق الدائنين متى صدر من واحد منهم أفاد الجميع .

4 - كل حط من كمية الدين لا تقيد أحدًا من الدائنين ، بل تلزم من فعلها

فقط في نصيبه من الدين .

5 – كل يمين حاسمة تصدر من أحد الدائنين أو ينكل عنها أحدهم لا تخلي ذمة المدين إلا في نصيب الناكل فقط .

**ثانيا** : بين الدائنين المتضامنين أنفسهم : بما أن كل واحد منهم يعمل لحساب الجميع فكل مبلغ تحصل عليه من الدين وجب عليه تقديم حساب عنه وقسمة ما تلقاه بين الجميع بالتساوي أو حسب استحقاق كل واحد في جملة الدين [1] .

## بند [ 150 ] الالتزامات التضامنية

**التشريع الإسلامي** : كما تكون الالتزامات فردية بين شخص وآخر تكون الالتزامات بين عدة أشخاص من جانب وأشخاص آخرين من جانب آخر ، فيكون الملتزِم متعددًا والملتزم له متعددًا . فإذا كان بينهما تضامن في الطلب ، ومعناه أن يوكل كل دائن بقية شركائه في الدين في الطلب والقبض فيجوز لكل دائن منهم طلب دين الجميع وقبضه . وهو معنى التضامن في الطلب . ومتى قبض أحد الدائنين على هذه الصفة جميع الدين برئت ذمة المدينين ، وذلك كما إذا باع أربعة شركاء منزلًا لهم مرابعة إلى أربعة شركاء مرابعة كذلك ، ونُصَّ في عقد البيع أن البائعين متضامنون في طلب الثمن وقبضه ، ويجوز لكل واحد منهم الطلب والقبض لجميع الدين على انفراده . وطالب أحد البائعين بالثمن أحد المشترين فدفعه له كان الدفع صحيحًا والقبض صحيحًا ؛ وبرئت ذمة المدنين ، ويرجع عليه الدائنون كل بما يخصه وهو الربع [2] .

ولمن دفع الدين من المدينين الرجوع على رفقائه كل فيما يخصه؛ لأنهم جميعًا غرماء لرب الدين .

فإن كانوا حملاء ( ضمانًا ) لمدين آخر رجع الدافع بما أدى على الغريم ( المدين

(1) انظر : البنود : من 1197 إلى 1199 ، في الفصل الرابع ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 267 .

(2) راجع في الشركات وأنواعها والالتزامات بها : بداية المجتهد جـ 2 ص 253 وما بعدها ، والقوانين الفقهية ص 210 وما بعدها .

المضمون ) ؛ لأنه لم يشترط حمالة بعضهم عن بعض .

## بين الدائنين المتضامنين وبين المدين :

متى تضامن الدائنون بمعنى أن كل واحد وَكَّل الباقين في الطلب والقبض والتقاضي صح لكل واحد منهم المحافظةُ على الدين واستيفاؤه لا في إنقاصه ولا في الإبراء منه ولا في تضييعه إلا إذا فوض كل واحد للباقين التصرف كما يرى أو نص على الحط أو الإبراء إلخ فيصح ذلك .

فلكل واحد من الدائنين الحق في طلب الحق كاملًا وقبضُه . وتبرأ ذمة المدين بالدفع لأي واحد حتى ولو لغير من رفع الدعوى مع إلزامه بمصاريف التقاضي ؛ لأنه تسبب فيها بعدم الأداء في المواعيد المحددة ، وبما أن كل دائن وكيل عن الآخرين فقبضه صحيح مبرئ لذمة المدين شرعًا ؛ فلا يشترط عدم وجود دعوى مرفوعة من أحدهم حتى يقال يجب أن يكون الدفع لمن رفع الدعوى (1) .

وحطٌّ بعض الدين من أحد الدائنين لا قيمة له إلا في حقه فقط ، ما لم يكن مفوضًا له بذلك من بقية الشركاء في الدين .

وكل دفع يوجَّه لأصل المديونية وجودًا وعدمًا أو لقدرها فهو موجَّه لجميع الدائنين ، وهم ملزمون بنتيجتها حتمًا . وكل دفع موجه بتسلم بعض الدين كذلك . ولكن لمن تسلم من نصيبه فقط لا من نصيب الباقين . وكل دفع من

---

(1) تناولت المادة 281 من القانون المدني بعض أحكام التضامن بين الدائنين ، وقررت أنه يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بكل الدين ، على أن يراعي في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين . كما جاءت المادة 280 بجواز أن يوفي المدين الدين لأي من الدائنين المتضامنين . وقضت المادة 282 مصري بأنه إذا برئت ذمة المدين قِبَلَ أحد الدائنين بسبب آخر غير الوفاء فإن ذمته لا تبرأ قِبَلَ باقي الدائنين إلا بقدر هذا الدائن . وقد عرفه الفقه الإسلامي نظام الدائنين المتضامنين ونظام الدين المشترك بوصفه صورة من صور تضامن الدائنين . ويقوم التضامن بين الدائنين على سبيل المثال في شركة المفاوضة ، سواء كانت شركة أموال أم أعمال ، كما يقوم في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال . راجع المبسوط 174/11 وما بعدها والبدائع 41/6 وما بعدها .

وهو ما تناولته المادة 343 وما بعدها من التقنين الكويتي .

والمادة 317 وما بعدها من التقنين العراقي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87 ) .

الدين يكون لجميع الدائنين حسب نصيب كل فيه [1] .

## بند [ 151 ] التضامن في الدفع

**القانون الفرنسي** : وهو أن يلتزم أكثر من واحد ( مدين ) بأداء شيء إلى دائن واحد بمعنى أن كل دائن منهم ملزم بأدائه ، ولو أداه واحد منهم برئت ذمة الجميع . ومن صفاته وحدة مادة الالتزام وتعدد المدين .

ومأخذ هذا التضامن إما من إرادة المتعاقدين ، وإما من القانون :

**أولًا** : التضامن في الدفع التعاقدي لا يفرضه القانون ، ولكن يجب أن يُنَصَّ عليه في العقد صراحة ، أو يكون في وصية لزيد على بكر وخالد بالتضامن .

**ثانيًا** : التضامن في الدفع قانونًا ، نص القانون في مواضع عدة على التضامن في الدفع وهي :

1 - المرأة المتوفى عنها زوجها والتي تزوجت ضامنة متضامنة مع زوجها الثاني لأملاك أولادها من زوجها الأول ، سواء أهملت دعوة مجلس العائلة لإجازة وصايتها بعد الزواج ، أو قبلت الوصاية مع تعيين زوجها عليها مشرفًا .

2 - منفذو الوصية ضامنون متضامنون فيما عُهِد إليهم من منقولٍ بِيعَ لنفاذ الوصية .

3 - الزوج الباقي على قيد الحياة يكون ضامنًا متضامنًا مع المشرف عند عدم عمل محضر الحصر لأملاك الزوجية المشتركة .

4 - المستعيرون لشيء واحد ضامنون متضامنون في إرجاعه .

5 - الوكلاء مسئولون متضامنون أمام موكلهم في كل ما وكلوا فيه .

---

(1) تناولت المادة 283 من القانون المدني المصري بعض أحكام تضامن الدائنين ونصها :

1 - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعًا ويتحاصون فيه .

2 - وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

وهو ما تناولته 319 من التقنين العراقي ، والمادة 416 من التقنين الأردني ، والمادة 345 من التقنين الكويتي .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع جـ 6 ص 59 و 61 . و م 169 و 171 و 173 – 187 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87 ) .

6 – الشركاء في شركة تحت اسم عام ، والشركاء في شركة مساهمة ضامنون متضامنون في أعمال الشركة المدنية .

7 – الموقعون على شيك مسحوب أوسند تحت الطلب متضامنون في الدفع جميعًا .

8 – الشركاء في الجناية أو الجنحة شركاء في الغرامة والتعويض والمصاريف متضامنون ، ويلحق بهم الشركاء في الجنحة المدنية .

9 – الزوجة المتعاقدة بإذن زوجها في نظام الزوجية المشترك متضامنة معه فيما تعاقدت عليه .

## نتائج الضمان في الدفع :

**أولًا** : العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين : كل الشركاء في المديونية المتضامنين في السداد يمثل بعضهم بعضًا قِبَل الدائن في تسهيل استعمال وحفظ حقوقهم ، ومعنى إنابة بعض المدينين عن بعض أنها لا تتعدى حفظ حقوقهم أو إسقاط مديونيتهم لا زيادة المديونية أو تثقيلها ، ونتيجة هذه القاعدة هي :

أن للدائن الحق في متابعة أحد المدينين المتضامنين بكل الدين ، وليس للمدين الدفع بأنه ملزم بحصته في الدين ، فقط للمدين إدخال المدينين معه في الدعوى ليأخذ الحكم ضدهم تنفيذيًا ، وليدافعوا عن أنفسهم معه ، وللدائن الحق في مقاضاة غير واحد ليحصل على كافة حقوقه ، فلو أفلس المدعى عليه الأول فله مقاضاة من يرى من مدينيه ، وليس له رفض الدفع الكامل من أي واحد منهم وتبرأ ذمة الباقين قِبَل هذا الدائن .

فإن تلفت مادة الالتزام أو نبه الدائن الملتزم بالأداء وتأخر فللدائن طلب الثمن من الجميع وطلب تعويض ممن فرط أو ممن تنبه عليه بالأداء فقط دون المدينين الآخرين .

فوائد التأخير تسري على كل المدينين متى حصل تنبيه على أحدهم بالدفع ، وكذا الشرط الجزائي متى وقع بفعل مدين واحد لزم الجميع أداؤه ، وكل عمل من الدائن ضد أحد المدينين يقطع المدة أو يسقط حقًا يسري على جميع المدينين .

## معارضة المدينين للدائن في دفاعهم :

للمدينين حق الدفاع ومعارضة الدائن فيما يوجهه إلى واحد منهم في دعواه بما يأتي :

1 - الدفوع العامة ، وهي التي يجوز لكل الدائنين إبداؤها ، وهي :

الدفوع الناتجة من طبيعة الالتزامات كإلغاء الالتزام الناتج عن تعهد الجميع إلغاء تامًّا أو خاصًّا لسبب عدم أهلية المتعاقدين أو لنقص في إرادتهم . والدفع الناتج عن أسباب سقوط الالتزامات عن الكل كالدفع وهلاك الشيء الواجب بقوة قاهرة والتنازل عن الدين وسقوط الحق .

2 - الدفوع الشخصية : وهي الدفوع التي يبديها المدعى عليه شخصيًّا فيستفيد منها الآخرون ، وليس لهم إبداؤها إلا فيما يخص هذا المدين شخصيًّا ، وهي :

تنازل الدائن لأحد المدينين عن حصته مع احتفاظه بالآخرين ، أو تنازل الدائن عن ضمان أحد المدينين ، أو ملكية الدائن لما كان به مدينًا كإرثه ، فليس للدائن إلا طلب ما خص الباقين مع إسقاط نصيب هذا المدين .

3 - الدفوع الشخصية الخالصة : وهي الدفوع التي يبديها المدعى عليه شخصيًّا ، وليس لباقي المدينين إبداؤها حتى ولا فيما يختص بهذا المدين نفسه كمن له حق الإلغاء لنقص في إرادته أو كمن حصل له غش أو إكراه فله حق إبداء ( حق الإلغاء عن نفسه ) ، فيستفيد منه باقي المدينين ، وليس لهم حق في إبداء هذه الدفوع الخاصة مادام تعاقدهم صحيحًا مع الدائن ، وكذا عدم تحقق شرط معلق للمديونية للمدعى عليه ، واتفاق الدائنين لواحد من المدينين في الإفلاس .

## علاقة المدينين المتضامنين مع بعضهم :

**تقسيم الدين المضمون بين المدينين** : متى دفع مدين الدين المضمون رجع على جميع المدينين كل بحصته في الدين ، وللدافع في التقاضي مع بقية المدينين دعويان .

يرفع الدعوى كوكيل عنه أو مدير للعمل ، وفي كلتا الحالتين له الفائدة من تاريخ دفعه للدائن أو يعتبر حالًّا محل الدائن يكون له كل الحقوق التي كانت للدائن إلا أنه يطالب كلًّا بنصيبه فقط . فإن أفلس أحد المدينين فلمن دفع جميع الدين تقسيم حصة

المفلس بين الجميع ، ويتحمل نصيبه كل حسب حصته في الدين الأصلي [1] .

## بند [ 152 ] التضامن في الدفع

**التشريع الإسلامي** : التضامن في الدفع : هو أن يضمن كل مدين الآخر في أداء ما عليهم جميعًا إلى الدائن وهو جائز ، وبما أن الضمان التزام فلا يكون إلا بقبول صريح من الضامن لمفرد أو لجماعة ، ولا يكفي في ذلك دلالة الحال والقرائن [2] .

فإن أوصى مورث أن ولديه الوارثين يدفعان بالتضامن مبلغًا معينًا من المال من تركة المتوفى لزيد من الناس صحت الوصية ، ولزمهما الأداء بالتضامن متى كان هناك تركة تخرج منها الوصية .

وأما ضمان زوجة المتوفى الأول مع زوجها الثاني لتركة أولادها من زوجها الأول فغير جائز وغير مقبول ؛ لأن زوجها الثاني لم يقبل الضمان صراحة؛ فلا يلزمه لمجرد الزواج ؛ لأن الغُرم بالغُنْم . فإن أتلف شيئًا ضمنه فقط . والمسئولية على الزوجة متى كانت وصيًّا ، وليس لزوجها الثاني عليها من حق إطلاقًا ولا رقابة إلا إذا كان وصيًّا أو مشرفًا ، واشترك في الإتلاف أو أهمل في واجبات الوصاية ، ولو سلمنا بهذا المبدأ – وهو ضمان الزوج الثاني بمجرد الزواج – لأحجم الرجال عن الزواج بالمتوفى عنهن أزواجهن لما يترتب على ذلك من الضمان . وفي هذا ضرر

---

(1) انظر : البنود من 1200 إلى 1216 ، في الفصل الرابع ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 266 : 271 .

(2) تناولت المادة 284 ، 285 مدني مصري نظام التضامن بين المدينين وبعض أحكامه ، فبينتا أنه إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين ، وأن للدائن مطالبتهم مجتمعين أو منفردين . وقد جاء ذلك في المادتين 272 ، 273 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، وهو ماتناولته المواد 315 و 320 من التقنين العراقي والمادتان 412 و 426 من التقنين الأردني والمادة 341 من التقنين الكويتي .

وقد عرض الفقه الإسلامي لنظام تضامن المدينين فيما يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة ، ولو نشأ الدين من غير أعمال التجارة ، وفي شركة العنان إذا كانت شركة أعمال ، فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل ، وهم مدينون بالتضامن فيما يجب عليهم من ضمانات هلاك الشيء المسلم إلى أحدهم للعمل فيه .

انظر : المبسوط جـ 11 ص 174 – 177 و جـ 30 ص 174 – 180 والبدائع جـ 6 ص 41 – 51 و 73 و 74 و 76 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 86 ) .

يعود على الهيئة الاجتماعية ، وفيه ضمان قهري .

ليس هناك من أملاك مشتركة بين الزوجين حتى يقال : إن الزوج ضامن أو غير ضامن ؛ لأن الزواج في الإسلام مبني على التفرقة التامة بين أملاك الزوجين .

ومن استعار شيئًا وتلف بتفريطه أو بتعديه فهو ضامن سواء [1] أكان فردا أم جماعة [2] ، فهم متضامنون إذن في رجعه عينًا إذا كان باقيًا أو قيمته أو مثله متى كان قيميًّا أو مثليًّا [3] .

وأما الوكلاء فإن كانوا في عقد واحد للوكالة ، ولم يأذن الموكل لأحدهم بالانفراد في العمل ، فهم ضامنون لما أتلفوه أو خالفوا فيه أمر الموكل فإن وكّل أحدهما فهمّا ضامنان للموكل الأول ، وأما إن وكلهم على التوالي أو في عقود مختلفة فلكل وكيل الانفراد إلا إذا اشترط عليهم عدم الانفراد فلا ضمان عليهم مجتمعين ، وإنما الضمان على من أتلف أو خالف [4] .

---

(1) قاعدة : من استعار شيئًا وتلف بتفريطه أو بتعديه فهو ضامن .

(2) تناولت المادة 641 من القانون المدني المصري واجب المستعير ونصها :

1 - « على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد .

2 - وفي كل حال يكون ضامنًا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئًا مملوكًا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ملكه .

وهذه المادة تقابل المادتين 857 و 858 من التقنين العراقي .

وتقابل المادة 770 من التقنين الأردني . وتقابل المادة 656 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 226 ، 227 ) .

(3) يقول ابن رشد عن ضمان العارية : عند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالًا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . بداية المجتهد جـ 2 ص 314 ، والشرح الصغير جـ 3 ص 330 وما بعدها وإرشاد السالك ص 97 وما بعدها .

(4) تناولت المادة 707 من القانون المدني المصري واجب الوكلاء المتعددين في العمل معًا ، ونصها : « وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه » .

وهو ما تناولته المادة 938 من التقنين العراقي ، والمادة 842 من التقنين الأردني ، والمادة 708 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 272 ) .

## وأما الشركاء فلا يخلو حال الشركة :

1 - شركة التجارة ، فإن أطلقا التصرف لكل واحد منهما بالنسبة لمال الشركة ، وفوض كل شريك للآخرين جميع التصرفات فهم وكلاء كل عن الآخر ؛ فيلزمه ما تصرف فيه شريكه وهو ضامن لما أتلفه أو تعهد به في أعمال التجارة التي بينهما . وإن وكَّل الشركاء واحدًا منهم توكيلًا عامًا في جميع أعمال التجارة فجميع الشركاء ملزمون بما تعهد به للعمل التجاري وهم ضامنون له ؛ لأنه تصرف لحسابهم [1] .

وهذا النوع من الشركة يسمى شركة مفاوضة ، وقد تكون عامة كما تكون خاصة ، ولكل نوع أحكامه كما سيأتي في الشركة إن شاء اللّه تعالى [2] . فلا يكون الشريك ضامنًا متضامنًا إلا بنص في عقد الشركة أو بتفويض لرئيس مثلًا للإدارة ، وإن شرط الشريكان نفي الاستبداد فتسمى شركة عنان .

2 - شركة أبدان ، وهي عقد على عمل بينهما والربح بينهما كالخياطة أو

---

(1) يقول ابن رشد : شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات إلخ .
بداية المجتهد ج 2 ص 254 .

(2) نصت المادة 1387 من المجلة العدلية على أن « كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل . فالعمل الذي تقبله أحدهما يكون إيفاؤه لازما عليه وعلى شريكه أيضًا ... حيث إن العمل الذي تقبله أحد الشريكين يطلب إيفاءه المستأجر من أيهما أراد ، وكل واحد من الشريكين يكون مجبورًا على إيفاء العمل ... » .
ونصت المادة 433 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة على أنه « تقتضي شركة الصنائع أن يصير كل منهما وكيلًا عن صاحبه وضامنًا لما يتقبله » .
وإذا كان لكل شريك أن يتقبل العمل الذي يطلبه الغير ، فإن هذا لا يكون على أساس أن كل شريك يعتبر وكيلا عن الآخر ، وإنما يعني أن كل شريك يعتبر مفوضًا من الآخرين في إدارة الشركة ، ما دام أن ليس هناك نص خاص على طريقة الإدارة ( انظر م 494 من المشروع ) .
والمادة المذكورة من المجلة العدلية تتفق في حكمها مع المادة 1/612 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « يلتزم كل من الشركاء بأداء العمل الذي تقبله وتعهده أحدهم » .
وتقابل المادة 1/677 من التقنين العراقي التي تنص على أن « كل واحد من الشركاء وكيل للآخرين في تقبل العمل ولصاحب العمل أن يطلب إيفاؤه من أي شريك » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 185 ) .

النجارة مثلًا ، ويشترط :

( 1 ) أن يتحد العمل أو يتلازم ، بحيث يتوقف أحد العملين على الآخر .

( 2 ) وأن يأخذ كل شريك في الربح بقدر عمله .

( 3 ) وأن يحصل التعاون بينهما بالفعل ، وإن بمكانين .

( 4 ) وأن يشتركا في آلة العمل بملك أو إجارة [1] .

( وفي هذه الشركة متى استوفت شروطها لزم كلًّا من الشركاء في العمل ما قَبِلَه صاحبه ، ولزمه ضمان ما قَبِلَه صاحبه بلا إذنه لأنهما صارا كالرجل الواحد ؛ فمتى ضاع شيء من أحدهما ضمناه معًا ، وإن افترقا فما قبلاه أو أحدهما حال الاجتماع فهو في ضمانهما متى كان حاضرًا ، أو غاب غيبة قريبة كاليوم واليومين أو حال مرضه القريب . فإن قبله في غيبته أو مرضه الطويلين فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه ) [2] ، فليس الشركاء ضامنين في كل حال بل على هذا التفصيل .

وأما الموقعون على شيك مسحوب أو سند تحت الطلب ، فإن كان الشيك تجاريًّا فيه ( وعنا دفع هذا لأمر وإذن فلان ) فهو ضامن لفلان في الدفع ، فإذا جاء فلان وقال أيضًا : ( وعنا دفع هذا لأمر وإذن فلان ) فهو ضامن للدفع أيضًا ، ومعنى هذا في العرف التجاري أن مصدر الشيك مضمون بكل من وقَّع عليه ، والموقِّع الثاني مضمون بالموقع الثالث ، والثالث بالرابع ، فكل واحد ما عدا الأول والأخير ضامن مضمون ، والأول مضمون فقط ، والأخير ضامن فقط .

والعرف له في التشريع الإسلامي نصيب كبير في ترتيب الأحكام ما لم يخالف كتابًا أو سنة أو إجماعًا . ومبنى التجارة على السرعة في التعامل والثقة بين المتعاملين ، فالضمان متقرر لهذا بين الجميع كما يقتضيه العرف التجاري في هذا الشيك [3] .

---

(1) في الشرح الصغير ( 3/191 ) أنه « وجازت الشركة بالعمل بشروط إن اتحد العمل كخياطين لا خياط ، ونجار ، أو تلازم عملهما بأن كان أحدهما ينسج ، والثاني ينير أو يدور ، أو أحدهما يصوغ ، والثاني يسبك له .
وإن أخذ كل منهما من الربح بقدر عمله .. وإن حصل التعاون بينهما ، وإن بمكانين .. وإن اشتركا في الآلة التي بها العمل » . الشرح الصغير ( 3/191 ) .

(2) النص كاملًا في الشرح الصغير ( 3/192 ) .

(3) القاعدة الفقهية أن المعروف عرفا كالمشروط شرطًا ، يقول ابن رشد : العرف يتنزل منزلة الشروط . بداية المجتهد جـ 2 ص 314 .

وأما الشيك العادي المسحوب ( ادفعوا لفلان كذا ) فإذا لم يصرح محوِّل الشيك بالضمان أو التضامن فلا يكون هناك تضامن ؛ لأن التضامن لا يؤخذ بطريق المضمون أو المفهوم بل لابد من التصريح به .

وأما الشركاء في الجناية أو الجنحة فهم شركاء فيما ترتب عليهم من قصاص أو دية . وقد نُصَّ على أنه إن قتل جماعة رجلًا أو قطعوا يدا مثلًا جاز صلح كل واحد منهم على انفراده والعفو عنه مجانًا ، أو القصاص للجميع [1] ، أو عفو عن بعض والقصاص عن الباقي ، أو صلحه إذا لم يتميز فعل كل واحد ، فإن تميز فقد اختلفت درجة المسئولية فلا شركة بينهم ، وإن لم يعلم فعل كل أحد أو كانوا متمالئين على الفعل فهم شركاء بلا نزاع [2] ، وفي هذه الحالة هم متضامنون ، وللولي ترك هذا التضامن .

وأما تعاقد الزوجة بإذن زوجها فلا يجعله ضامنًا متضامنًا معها؛ لأن نظام الزوجية في الإسلام بُنِيَ على تفرقة أموال الزوجين تفرقة تامة ، فإن ضمنها أو هي ضمنته بعقد اتفاقي صح هذا ككل عقد اتفاقي كغير الزوجة مع زوجها وكغير الزوج مع زوجته .

## نتائج التضامن في الدفع :

متى تضامن المدينون في أداء الالتزام فللدائن طلب من يشاء منهم بالأداء إذا اشترط أخذ أيهم شاء ، أو حصل التضامن بين المدينين في الحالات الست : ( الحياة والموت ، والحضور والغياب ، العسر واليسر ) أو اشترط حمالة بعضهم عن بعض فله أخذ كل واحد بجميع الحق أو أخذهم جميعًا ، وعليه قبول الدفع من أي واحد

---

(1) يقتل الجميع بواحد إذا ضربوه عمدًا عدوانا ، ومات مكانه .. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ( 245/4 ) .

(2) جاء في الشرح الصغير ( 80/4 ) : « فإن تمالئوا اقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا ، قياسًا على قتل النفس من أن الجميع عند التمالؤ يقتلون بالواحد ، وأما إذا لم تتميز عند عدم التمالؤ ، فهل يلزمهم دية الجميع ، ولا قصاص ، أو يقتص من كل بقدر الجميع ، فإنه إذا كانوا ثلاثة قلع أحدهم عينه ، وقطع أحدهم يده ، والثالث رجله ولم يعلم من الذي فقأ العين ، ومن قطع الرجل ، ومن قطع اليد ، والحل أنه لا تمالؤ بينهم اقتص من كل بفقوء عينه ، وقطع يده ، ورجله وفيه نظر .. » .

منهم كنص الالتزام وتبرأ ذمة الباقين بهذا الدفع [1] .

ويجوز لكل مدين أن يدفع بإلغاء الالتزامات إلغاء تامًّا أو إلغاء خاصًّا : لعدم أهلية المتعاقدين أو لنقص في إرادتهم ، أو أن الحق المطالب به سقط لأدائه أو لمضي المدة ، أو أن الشيء الملتزم به عينًا قد هلك بقوة قاهرة أو أنه قد حصل تنازع في الدين إلخ ، وهذه دفوع عامة يستفيد منها كل من المدينين .

ويجوز للمدعى عليه الدفع بتنازل الدائن عن حصته في الدين أو ضمانه كذلك أو تمليكه نصيبه في الدين بهبة أو ملكه بميراث ، ومتى ثبت الدفع فقد استفاد نفس هذا المدين بعدم المديونية أو عدم الضمان ، وبالتالي يستفيد بقية المدينين بحط قيمة نصيب هذا المدين من جملة الدين .

ومن وقع عليه غش أو إكراه أو كان في غيبوبة ، وجاز له شرعًا الطعن في عقد الملزومية ، وأثبت ذلك ، وقضي له بعدم شرعية تعاقده انتفع بدفعه هذا ، ولكن بما أن المدينين ضامنون متضامنون فبقية الدائنين ملزمون بالتضامن بأداء ما التزموا به ناقصًا نصيب هذا الدفع إذا كان مدينًا أصليًّا بحصة معلومة [2] .

---

(1) تناولت المادة 285 من القانون المدني المصري والمادة 272 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية حق الدائن في مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بالدين ، على حين تناولت المادة 284 مدني مصري ، و273 مشروع المدني طبقًا للشريعة الحكم بأنه « إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم الدين يبرئ ذمة الباقين » . وهو ما تناولته المواد 427 من التقنين الأردني ، 322 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا قضي أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » . والمادة 347 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 – يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا أو بمقابل براءةُ ذمته وبراءةُ باقي المدينين .

2 – وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه لا يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 88 ) .

(2) تناولت المادة 292 مدني مصري والمادة 280 مشروع المدني طبقًا للشريعة حكم استفادة الدائنين المتضامنين بإسقاط حصة نصيب أحدهم من الدين للتقادم ، كما قضت المادتان 287 و 275 بحق المدين المتضامن في الاجتماع بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر لإنقاص الدين بقدر حصة هذا المدين ، كما تناولت المادتان 294 مدني مصري و 282 من هذا المشروع نقص الدين عن الدائنين المتضامنين إذا انتهى الدين بالنسبة لأحدهم عن طريق الصلح مع الدائن . ويتفق هذا مع ما جاء في بدائع الصنائع 11/6 وما بعدها من أحكام الكفالة التي تتفق في مجموعها مع احكام التضامن .

## علاقة المدينين المتضامنين مع بعضهم :

متى دفع مدين الدين المضمون رجع الدافع على من لقيه من أصحابه المدينين بغير ما أدى عن نفسه بكل ما على الملقى ، ثم ساواه فيما على غيره ؛ لأن الملقي مدين مثل من أدى ، وقد أدى عنه حقه فيأخذه منه ؛ ولأنه حميل مثله في جميع الدين فيقاسمه الحمالة في باقي الدين .

فلو تضامن أربعة في دين لزيد قدره عشرة جنيهات فدفعها الأول ، ثم لاقى الثاني فيأخذ منه 250 قرشًا صاغًا قيمة ما عليه من الدين أصالة ، ثم 250 صاغًا نصف ما أدى الأول بطريق الحمالة عن الاثنين الباقيين ، ثم يقابل الأول أو الثاني الثالث فيأخذ منه قيمة ما أدى عنه وهو 175 قرشًا من أصل الدين ، ثم يساويه في الحمالة فيأخذ 175 قرشًا حمالة ، ثم يأتي الرابع فيدفع جميع ما عليه فيأخذ كل حقه .

وللدافع مع بقية الدائنين مركز الدائن ، وقد أدى عنهم ما وجب عليهم ، فهو وكيل في الأداء فله حقوق الدائن ، وبما أن المدينين متضامنون في الأداء فمركزه من مركز الدائن الأصيل ، فيطالب من لاقاه من المدينين بغير ما أداه عن نفسه بكل ما أداه عن الملقى ، ويشترك معه مساواة فيما على غيره .

فإن أفلس أحد المدينين تحمل كل واحد حصة في نصيب هذا المفلس حسب حصته في أصل الدين ؛ لأنهم ضامنون متضامنون (1) .

### بند [ 153 ] الأسباب المغيرة أو الملغية للضمان

**القانون الفرنسي** : الأسباب التي تغير أو تلغي الضمان في الدفع هي :

( 1 ) موت المدين المتضامن : موت المدين المتضامن لا يلغي الضمان ، لأنه ينتقل إلى ورثته ، ولكن يغيره تغييرًا كليًا ، فإن الورثة ملزمون بدين مورثهم في

---

(1) تناولت المادة 298 من القانون المدني المصري والمادة 286 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع إعسار أحد المدينين المتضامنين ، حيث يتحمل تبعة هذا الإعسار غيره من المدينين المتضامنين ، كل بقدر حصة دينه . ويتفق ذلك مع ما جاءت به المواد 344 عراقي والمادة 439 أردني والمادة 359 كويتي .

انظر في الفقه الإسلامي : المبسوط جـ 20 ص 29 و 34 و 38 . البدائع جـ 6 ص 14 و 15 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 86 ) .

تركته جملة ، لكن كلٌّ في نصيبه فقط فيما بينهم ، فأي عمل قانوني من الدائن قِبَل أي وارث يسري على الباقين وعلى المدينين ، وكذلك أي عمل قبل أحد المدينين يسري على الورثة .

( 2 ) التنازل عن الضمان : وهو عمل يتنازل فيه الدائن عن ضمان كل أو بعض المدينين . والتنازل عن التضامن يكون صراحة في إشهاد قانوني بتنازل الدائن عن تضامن المدينين أو تضامن أحدهم ، ويكون التنازل ضمنيًا حسب نص القانون كالآتي :

( 1 ) متى تلقى المدين من الدائن مخالصة يقول فيها : وصلني كذا وهو نصيبه في الدين .

( 2 ) متى أعلن الدائن مدينه بدفع نصيبه في الدين ، أو صدر حكم بدفع نصيبه فقط في الدين .

( 3 ) في مدة عشر سنوات يقبل الدائن من مدينه دفع ما خصه من أقساط أو فائدة بدون حفظ حقه في التضامن ، فيسقط حق التضامن فيما استحق ، لا فيما يستحق ولا في أصل الدين .

ونتج من هذا أن التنازل عن الضمان يعفي المدين من دفع ما زاد على نصيبه في الدين ، ولا يزيد في حالة المدينين المتضامنين شيئًا على حالتهم الأولى قبل التنازل عن الضمان ، وأن الدائن لا يجبر باقي المدينين على دفع حصة من أخلى طرفه من الضمان [1] .

## بند [ 154 ] ما يغير وما يلغي الضمان

**التشريع الإسلامي** : قد يموت الضامن ، ويترك تركة فيها الوفاء لكل أو بعض ديونه ، ويترك ورثة فينتقل الضمان الذي التزمه المتوفى المورِّث حال حياته إلى ورثته في حدود تركته . وفي الواقع الضمان ينتقل للتركة ممثله في الورثة ، فإن لم تكن تركة فلا ضمان ، وإن كانت تركة ولكن لا تفي بكل التزام الضمان انتقل الضمان في حدود ما تفي به فقط . فالورثة غير ملزمين شرعًا بما ضمنه مورثهم بل

---

(1) انظر : البنود من 1197 إلى 1216 ، في الفصل الرابع ، من الباب الرابع ، من الكتب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 267 : 271 .

ولا ما تعهد به من ديون إلا في حدود التركة فقط [1] ، وبما أن الضمان والمديونية وكل التزامات المورث تنتقل إلى نفس التركة مقدرة بقدرها فيمثلها أي فرد من الورثة ؛ فإعلان أحد الورثة أو الحكم عليه ليكفي عن الباقين ، وأي عمل قانوني قِبَل واحد من الورثة يسري على بقية المدينين كما يسري على التركة أي عمل قبل أي مدين آخر [2] .

والضمان حق للدائن كنفس الدين ، فهو تابع له ؛ فللدائن الحق في إخلاء سبيل بعض الدائنين من نفس الدين أو من الضمان ، وحينئذ تكون المعاملة حسب طبيعة هذا الإخلاء ، ففي الإخلاء من الدين تسقط المديونية ، وفي الإخلاء من الضمان يسقط الضمان فيدفع نصيبه فقط في الدين [3] .

ويكون التنازل صراحة أو ضمنًا ؛ فصراحة يكفي فيه الإشهاد أمام عدلين ( إني قد أسقطت الضمان عنك ) وضمنًا كأن يتقاضى نصيبه في الدين فقط بدون مطالبته بالوفاء بالتزام الضمان . وبما أن الضمان حق ككل الحقوق فلا يسقط بعدم المطالبة من نفسه إلا إذا كان تابعًا لحق يسقط بمضي المدة ؛ إذ معلوم شرعًا أن الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال [4] ( أو بالهجران ) إلا ما كانت حالة الحياة من الحركة الدائمة تتطلبه كما نص عليه في وضع اليد أو في الدين في الذمة ، وقد سبق الكلام على ذلك .

---

(1) قاعدة : لا ضمان للوارث إلا في حدودنصيبه من التركة .

(2) يقول المواق : إن مات الضامن قبل الأجل فللطالب تعجيل حقه من تركته ، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل ، وله محاصصة غرمائه أيضًا ، وقال مالك : إن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله إن ترك مالًا لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل ... التاج والإكليل جـ 5 ص 104 ، ومواهب الجليل جـ 5 ص 104 ، 105 ، 106 .

(3) تناولت المادة 282 من القانون المدني المصري حكم براءة ذمة المدين من جهة أحد الدائنين المتضامنين ، ونصها :

1 - إذا برئت ذمة المدين من قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله .

وقد تناولت ذلك أيضًا المادة 270 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، والمادة 318 من التقنين العراقي ، والمادة 344 من التقنين الكويتي ، والمادة 414 من التقنين الأردني .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع جـ 6 ص 70 و 72 و 74 و 76 و م 169 والمواد 171 و 172 – 187 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87 ) .

(4) قاعدة : الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال أو الترك .

فإن كان الضمان في أمور تجارية تقتضي سرعة الحركة والأخذ والعطاء يكون السكوت عن الوفاء بالضمان مثلًا لمدة خمس سنين مسقطًا لها ؛ لأنه في العرف والعادة أن التاجر لا يدخر مبلغًا من المال على مدينين بضمان بدون تحريكه . فيفهم عرفًا أن هذا التاجر قد استغنى عن الضمان في مثل هذه الحال ، ومع كل ذلك فالأمر موكول لقاضي الموضوع فيما يرى من مصلحة وعرف وعادة محكَّمِين فيما لا يخالف كتابًا ولا سنة ولا إجماعًا .

وليس للدائن مطالبة بقية مدينيه بنصيب من أخلى سبيله من المال ، وبما أنه قد أخلاه من التضامن مع الباقين ، وقد كان مفهومًا أن ضمانه لهم نظير ضمانهم له فمن العدل عدم ملزومية بقية الدائنين بدفع حصته بعد إعفائه من الضمان عنهم ، ويتحمل الجميع نصيب من أفلس حتى المعافى من الضمان إلا إذا أعفاه من المال أيضا [1] .

(1) تناولت المادة 289 من القانون المدني المصري والمادة 277 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية حكم إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين والتضامن معًا أو من أحدهما . ونص المادة المذكورة من المشروع :

1 - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

2 - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقي الدائنين المتضامنين إلا مما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين .

وهو ما جاء في المادة 351 من التقنين الكويتي .

وكذا المادة 326 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين سقط عنه الدين ولا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

2 - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقي من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه .

وتطابق في حكمها المادتين 430 و 431 من التقنين الأردني .

فالمادة 430 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق المقاصة أو اتحاد الذمتين أو الإبراء فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .

والمادة 431 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا لم يوافق الدائن على إبراء باقي المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا إذا احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه » .

انظر في الفقه الإسلامي : البدائع جـ 1 ص 11 ، جـ 6 ص 11 .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 89 ) .

## ( نتيجة المقارنات من بند 140 إلى نهاية بند 154 )

يتفق التشريعان في الآتي :

الالتزامات المركبة ، الشرط ، الأجل ، الالتزامات التخييرية ، الالتزام الاختياري ، الالتزامات التضامنية ، التضامن في الدفع ( في الجملة ) ، موت المدين المتضامن ، التنازل عن الضمان .

## بند [ 155 ] التزامات غير قابلة للقسمة

**القانون الفرنسي** : الالتزامات منقسمة وغير منقسمة ؛ فالالتزامات المنقسمة هي كل التزام يمكن المطالبة بجزء منه ، وغير المنقسمة هي التي يكون الطلب فيها لمادة التعاقد كلها .

ولا فائدة عملية لهذا التقسيم ما دام الدين واحدًا والمدين واحدًا ؛ لأنه سيطلب حقه كله الواجب أداؤه كله .

( 1 ) عدم قابلية القسمة : وهو أن يكون الالتزام عينًا واحدة واجبة على أكثر من واحد مدين ، أو تكون مستحقة لأكثر من دائن واحد وأن كل دائن لا يمكنه طلب بعضها . وأن كل مدين لا يمكنه أداء بعضها ، سواء أكان ذلك لطبيعة مادة الالتزام أم لإرادة الطرفين .

وهذه الالتزامات غير القابلة للقسمة هي التي يطالب بها بعض الدائنين كلها ويطلب بها بعض المدينين كلها لعدم إمكان شيء آخر غير هذا .

وغير القابل للقسمة بطبيعته سواء أكان ماديًا أم عقليًا ، وذلك كترتيب حق ارتفاق عيني على عقار ، فإنه غير قابل للقسمة لا ماديًا ولا عقليًا ، وكحصان مملوك لأكثر من وارث فإنه غير قابل للقسمة ماديًا ، ولكنه قابل للقسمة عقليًا .

والالتزام غير القابل للقسمة باتفاق الطرفين كالتعهد ببناء منزل أو تصوير منظر ، فإن المفهوم من اتفاق الطرفين عدم التبعيض في مادة الالتزام .

### نتائج عدم قابلية القسمة :

**أولًا** : بالنسبة للالتزامات من ناحية الدائنين : كل دائن له الحق في طلب مادة الالتزام كاملة ، وكل عمل يفيد أحد الدائنين ينتفع به الباقون كقطع المدة مثلًا ، ولا يجوز لأحد الدائنين التنازل عن جميع مادة الالتزام ، بل عن نصيبه فقط . وعلى الدائنين الآخرين ملاحظة الحصة المتنازل عنها عند طلب الدين .

**ثانيًا** : بالنسبة للمدينين من ناحية التزاماتهم : كل مدين يصح مطالبته بكامل الدين وعليه دفعه جميعه ، لكن للمدين طلب أجل لإدخال المدينين معه في الدعوى للحكم له في مواجهتهم عليهم بما يحكم به عليه ، وكل ما يقطع المدة

ضد مدين يقطعها ضد الجميع ، ومتى نفذ مدين الالتزام فله الرجوع على بقية المدينين كلٍّ بنصيبه مع تعويض له من وقت دفعه عنهم ، وإن امتنع أحدهم من التنفيذ وتحقق شرط جزائي فللدائن الحق في طلب التعويض من أي واحد منهم ، ولهم الرجوع بما زاد عن حصتهم في أصل الدين على من تسبب في استحقاق التعويض للدائن من أي واحد منهم .

**مقارنة بين الالتزامات بالتضامن والالتزامات غير القابلة للقسمة :**

يتفق الالتزامان المذكوران في أن كلًّا منهما يصح لدائن واحد طلب الدين جميعه ، ويجب على مدين واحد متى طلب منه ذلك أداؤه ، وتبرأ ذمة الجميع بهذا الأداء .

ويختلفان في أن الالتزام بالتضامن نشأ من أصل عقد الالتزام بخلاف غير القابل للقسمة ، فإنه نتج عن طبيعة مادة الالتزام لعدم إمكان فعل آخر غير طلب كل مادة الالتزام ، فينتج من هذا عمليًا ما يأتي :

**أولًا** : المدينون المتضامنون يعتبر بعضهم نائبًا عن البعض الآخر كل واحد نائب عن الآخر قِبَل الدائن ، وهذا المعنى ليس موجودًا في الالتزام غير القابل للقسمة ، فإن فقدت مادة الالتزام بقوة عارضة بعد التنبيه بالأداء فقد برئت ذمة باقي المدينين في حالة الالتزام غير القابل للقسمة بخلاف الالتزام بالتضامن فعليهم الثمن .

**ثانيًا** : الالتزام التضامني لا ينقل للورثة بخلاف الالتزام غير المنقسم ، فإنه ينقل للورثة .

**ثالثًا** : الالتزامات بالتضامن لا تتلاشى بعد الحكم بتعويض مالى نظير عدم التنفيذ بخلاف الالتزامات غير القابلة للقسمة ، فإنها تتلاشى متى حكم بتعويض بدلًا عنها .

## التزامات غير قابلة للقسمة عند الأداء :

هي التزامات قابلة للقسمة قضائيًا وماديًا ، لكنها غير قابلة للقسمة عند الأداء لشرط صريح أو ضمني بين الطرفين ، وحالاتها هي :

1 – متى كانت مادة الالتزام جسمًا معينًا كحصان فيمكن الدائن مقاضاة بعض

الورثة بجميع مادة الالتزام في حصته .

2 – متى كان المكلف بتنفيذ عقد الالتزام واحدًا سواء أكان منفذ وصية أم منفذ عقد الالتزام .

3 – متى كان ناتجًا عن طبيعة العقد الذي أراده المتعاقدان من عدم التنفيذ مجزأ [1] .

**بند [ 156 ] التزامات غير قابلة للقسمة**

**التشريع الإسلامي** : من الالتزامات ما يمكن تجزئته كمقيس ومكيل وموزون مثلًا ، ومنها ما لا يمكن تجزئته كمنزل ، وحصان ، وحق ارتفاق ، أو حق سكنى إلخ ، وقد يكون الدائن فيها واحدًا والمدين واحدًا والدائن متعددًا والمدين واحدًا وبالعكس ، وفي حالة عدم إمكان تجزئة مادة الالتزام لا يمكن للدائن طلب بعضها ، ولا يمكن للمدين أداء بعضها ، بل يطالب بعض الدائنين بها كلها وبعض المدينين بها كلها متى كان بين الدائنين تفويض في الطلب ، ومتى كان بين المدينين ضمان في الدفع ، إلا إذا كان الحكم على أحدهم حكمًا على الآخرين كأحد الورثة فهو يمثل التركة ؛ فالحكم عليه ممثلًا للتركة حكم على بقية الورثة ، فيطالب واحد بالكل ويحكم عليه ممثلًا للكل [2] .

ومهما كانت مادة الالتزام منقسمة أو غير منقسمة فإنه لا يصح التصرف في نصيب أحد الشركاء من أحد الشركاء إلا بتفويض أو توكيل منه لهذا المتصرف ،

---

(1) انظر : البنود من 1222 ، إلى 1225 ، في الفصل الخامس ، من الباب الرابع من الكتاب الثالث ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 273 ، 274 .

(2) تناولت المادة 300 من القانون المدني المصري والمادة 288 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع عدم قابلية التصرف للانقسام ، أو التجزئة في اصطلاح القانون المدني الأردني ، وبينت هاتان المادتان أن التصرف غير قابل للانقسام إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جواز الانقسام . ومن ذلك حقوق الارتفاق التي لا تقبل الانقسام بطبيعتها ، ومنه كذلك أن يكون المحل أرضا أرادها المشتري بكاملها ليصنع عليها مشروعًا لا تصلح إقامته على بعضها .

وقد تناولت ذلك المادة 338 من التقنين العراقي .

والمادة 442 من التقنين الأردني .

والمادة 363 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 91 ) .

وفي الطلب من المدينين إذا لم يكن بينهم تضامن في الدفع فكل واحد منهم مكلف بما التزم به طلبًا ودفعا وتسليما إلا إذا كان الحكم على أحدهم حكمًا على الآخرين كالحكم في التركة على أحد الورثة . وعلى هذا ففي الالتزامات التضامنية يصح لدائن واحد طلب الدين جميعه ، ويجب على مدين واحد أداؤه متى طلب منه ، وتبرأ ذمة الجميع [1] . والالتزامات غير القابلة للقسمة ولا تضامن فيها يجب على كل واحد أداء ما عليه ، وإن دفعه واحد كفى عن الجميع وبرئت ذمتهم ولمن دفع الرجوع على كل واحد بنصيبه [2] .

والمدينون المتضامنون ينوب بعضهم عن بعض قبَل الدائن فينقل الالتزام التضامني للورثة كما كان يجب على مورثهم ، وينتقل إليهم في حدود التركة فقط ، وكذا ينتقل إليهم نصيب مورثهم في الالتزام غير القابل للقسمة ، فيجب عليهم ما كان يجب عليه لو [3] كان حيًّا في حدود التركة أيضًا .

ومتى قُضِي بأداء الالتزامات التضامنية فلا تتلاشى إلا بالأداء أو الإبراء ، ومتى قُضِي بقيمة المقوم الذي لا ينقسم فتبرأ ذمة المدين بأداء القيمة المقضي بها لا بأداء نفس العين موضع الالتزام إلا إذا تراضيا .

---

(1) تناولت المادة 284 من القانون المدني المصري والمادة 273 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع المدينين المتضامنين في الدين ، ونصها :

« إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين برئت ذمة الباقين » .

وهو ما تناولته المادة 427 من التقنين الأردني .

والمادة 322 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا قضى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه عينا أو بمقابل أو بطريق الحوالة برئت ذمته ويبرأ معه المدينون الآخرون » .

وهو ما تناولته كذلك المادة 347 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عينا أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقي المدينين .

2 - وإذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامنين بطريق حوالة الدين فإنه يبرأ معه المدينون الآخرون إلا إذا رضوا بالحوالة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 88 ) .

(2) يقول الحطاب : يجوز للمشتري أن يتطوع للبائع بعد عقد البيع أنه إن جاءه بالثمن إلى أجل كذا فالبيع لازم له ، ويلزم ذلك المشتري متى جاءه بالثمن من خلال الأجل وعند انقضائه أو بعده أو على القرب منه . مواهب الجليل جـ 4 ص 374 وما بعدها ، الخرشي جـ 5 ص 82 وما بعدها .

(3) في الأصل : [ عليه إن لو ] .

إذا اشترط المتعاقدان أن تسليم مادة الالتزام لا يكون مجزأ ولا منجمًا بل يكون جملة واحدة صح الشرط ولزم العقد . ويمكن مقاضاة بعض الورثة والحكم عليه في مادة الالتزام الموروثة وأخذها من نصيب الوارث في التركة؛ لأنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المورِّث (1) ، ولمن دفع الدين من حصته الرجوع على (2) بقية التركة بما دفع .

## بند [ 157 ] ملحق بالالتزامات الطبيعية

**القانون الفرنسي** : وهي ضرورة قضائية تلزم شخصًا بفعل شيء ، أو عدم فعله ، أو إعطاء أي شيء إلى شخص آخر بدون إمكان الدائن جبر المدين إذا لم ينفذ ذلك الالتزام الطبيعي .

فليس على المدين أي عقاب في عدم التنفيذ ، وليس هو واجبًا أدبيًا يحتمه ضمير الشخص نفسه ، وهذه الالتزامات نوعان :

**أولًا** : التزامات طبيعية من أصلها ، وهي التي جعل لها القانون عدم تأثير لسبب قضائي أو اجتماعي ، وهي :

1 – التزام وارث بالنسبة لتنفيذ وصية باطلة شكلًا أو عُمِلَت شفويًا فهو التزام طبيعي .

2 – الالتزام المتولد عن دين اللعب أو الرهان التزام طبيعي .

**ثانيًا** : التزامات مدنية فسدت ، وهي التزامات مدنية تلاشت لسبب الصالح العام فتحولت إلى التزامات طبيعية ، وهي :

1 – عقود صدرت من عديمي الأهلية كالصغير ، والسفيه ، والمحجور عليه ، والزوجة ثم ألغيت هذه العقود للنقص المذكور ؛ فتتحول إلى التزامات طبيعية .

2 – الالتزامات التي يمكن للمدين عدم دفعها بمضي المدة تنقلب إلى التزامات طبيعية .

3 – الالتزامات التي تعارَض بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه أو باليمين الحاسمة .

4 – الالتزامات التي دخلت تحت اتفاق المدينين مع مدينهم في ( كونكوردا الإفلاس ) .

---

(1) ثم تقضى من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا ، كانت حالة أو مؤجلة لأنها تحل بموته . حاشية الدسوقي 458/4 .

(2) في الأصل : [ في ] .

## نتائج الالتزامات الطبيعية :

الالتزامات الطبيعية تنتج ما يأتي :

1 - تنفيذ الالتزامات الطبيعية يوجد دفعًا حقيقيًا ، وليس عطية أو منحة كما في تنفيذ الالتزامات الأدبية ، فلا يُعْطِي للمدين حقًّا في استرجاع ما دفع باعتباره دفعًا لغير واجب بشرط أن يعرف عند الدفع أن هذا الالتزام لا جبر على أدائه .

2 - الالتزامات الطبيعة يمكن تجديدها إلى التزامات مدنية بنفس الشرط غير الدفع .

3 - يمكن الضمان للالتزام الطبيعي ، فإن وفي الضامن فلا رجوع له على المدين الأصلي لعدم الوجود .

4 - يمكن استعمال الالتزام الطبيعي سببًا في تعهد الدفع الذي يكون تعهدًا مدنيًا .

الالتزامات الطبيعية في نظر علماء التشريع يمكن تقسيمها إلى :

**أولًا : ما يتصل بعلاقة القرابة ، وهي :**

1 - تعهد الأب بتربية وتعليم ولد طبيعي .

2 - تعهد الأبوين في عقد تنظيم أموال الزوجين بدفع مهر لولدهما .

3 - المساعدة المسموح بها من أخ لأخيه .

4 - دفع التكاليف التي أنفقت في المرض الأخير ومصاريف الدفن من ولد تنازل عن حقه في الميراث من والديه .

**ثانيًا : ما يتعلق منها بالشرف ، وهي :**

1 - بوليصة الشرف المتعلقة بالتأمين على الحياة لصالح من ينتفع بها .

2 - الإشهادات القضائية غير المستكملة شروط الشكل كوصية بدون تاريخ أو شفوية أو مشروع وصية المحتوي على إرادة مؤكدة للمتوفى .

**ثالثًا : ما يتركز على العدالة الطبيعية وهي :**

1 - ديون الاعتراف لخدمات عملها شخص لآخر .

2 - تعويض الرجل امرأة عاشرها خدينة بدون زواج مدة ، ثم قطع علاقاته بها لتخفيف ما أصابها من الضرر [1] .

## بند [ 158 ] الالتزامات الطبيعة

**التشريع الإسلامي** : ليس في التشريع الإسلامي ما يسمى التزامات طبيعية ، وإنما الذي يفهم من تعريف الالتزام الطبيعي - وهو ضرورة قضائية تلزم شخصًا بفعل شيء أو عدم فعله أو إعطاء أي شيء إلى شخص آخر بدون إمكان الدائن جبر المدين إذا لم ينفذ ذلك الالتزام الطبيعي - أنه الواجب ديانة لا قضاء فلو استعمل شخص عقارًا لزيد مثلًا مدة الحيازة الشرعية ، وقاضاه المالك الحقيقي ، فدفع زيد دعوى المدعي بعدم السماع لمضي المدة القانونية ، وحكم القاضي بعدم سماع الدعوى لهذا السبب فهناك واجب ديانة لا قضاء وهو رد الملك لصاحبه مهما طال الزمن ؛ فإن القضاء لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا وإنما القضاء لقطع الخصومة في الظاهر ، فالالتزامات الطبيعية هو الواجب ديانة بين الشخص وبين ربه .

وليس هناك من يجبر المدين بالوفاء [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1965 إلى 1967 ، في الباب الأول ، من الكتاب الثاني عشر ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 130 ، 131 .

(2) تناولت المادة 199 مدني مصري والمادة 211 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الالتزام الطبيعي وهو الالتزام الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية القضائية ويقابل الالتزام الطبيعي الالتزام المدني أو الالتزام . ويعرف الفقه الإسلامي ما يشبه هذا التمييز في التفريق بين الواجب قضاء والواجب ديانة طبقًا لما تنبه له المؤلف والتفت إليه . ونص المادتين المذكورتين :

1 - ينفذ الالتزام جبرا على المدين .

2 - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه .

وقد تناولت الموضوع نفسه المادة 313 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - ينفذ الحق جبرا على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية .

2 - فإذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب في ذمة المدين .

وهذه المادة تتناول الالتزام الكامل الذي يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ، ويقال له التزام مدني ، حيث ينفذ جبرا على المدين .

وكما تتناول أيضا الالتزام الطبيعي ، وهو الذي يتوافر فيه عنصر المديونية دون عنصر المسئولية ، فلا يكون هناك ثمة جبر في تنفيذه .

=

والتزام وارث بتنفيذ وصية باطلة تبرُّع من الوارث لا وجوب فيه [1] ، والدين المتولد لا عن سبب صحيح بأن كان محرمًا فأداؤه محرم كدين اللعب ( قمار ) ، وأما الرهان فإن كان في الخيل ، والإبل ، والرماح ، وكان القصد من السباق التدريب على فنون الجهاد والفروسية جاز السباق برهان بشرط أن يكون الرهان من غير المتسابقين ، فإن كان الرهان من المتسابقين ، أو كان السباق للهو واللعب فيكون ممنوعًا ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وخصوصًا ما يُعْمَل الآن من وجود شركة يدخل فيها خيل السباق على أن يكون للحصان السابق الأول كذا ( 100 جنيه ) مثلًا ، والثاني ( 50 جنيهًا ) ، والثالث ( 20 جنيهًا ) ، ثم تباع تذاكر لكل مشتر على اسم الحصان الذي يختاره من بين الخيل المتبارية ، فإن كسب الحصان الذي اشترى عليه كسب المشتري ، وإن خسر الشوط كل لاعب عليه . وهذا هو بعينه القمار ، فكم من رجال لعبوا بقوتهم وما معهم من مال فخسروه ، وكم من سيدات لعبن فخسرن حتى حليهن ، وكم من خادم لعب فخان أمانة سيده ، ومثل هذا يجعل أفراد الأمة ضعيفي العقول يعيشون على الأمل الكاذب في الحظ؛ فيضيعون ما معهم انتظارًا للربح بلا مسعى جدي فيعيش الكسالى لهذا

---

= وهذا التمييز بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي يقابله في الفقه الإسلامي التمييز بين الواجب قضاء والواجب ديانة . فالالتزام المدني أو الواجب قضاء يجبر المدين على تنفيذه . والالتزام الطبيعي أو الواجب ديانة لا جبر في تنفيذه .

والالتزام الطبيعي واجب أدبي أو أخلاقي يرتفع به القانون عن مستوى الواجب الأدبي المجرد ، فيرتب عليه بعض الآثار القانونية ، وبذلك يقربه من الالتزام المدني . وهو يقتصر على التزامات كانت في أصلها التزامات مدنية ثم أصبحت التزامات طبيعية لوجود مانع من المطالبة كما في حالة تقادم الدين ، بل يشمل كذلك التزامات كانت في أصلها مجرد واجبات أدبية ثم أصبحت التزامات طبيعية ، كتعويض شخص عن ضرر غير مباشر لا يجب التعويض عنه قانونا أو الإنفاق على شخص قريب معوز لا تجب نفقته قانونا .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 69 ) .

وراجع موضوع الالتزام الطبيعي عند عبد الرزاق السنهوري في الوسيط 721/2 وما بعدها . ومثال الواجب ديانة لا قضاء في الفقه الإسلامي الدين الذي يحجره المدين ويعجز الدائن عن إثباته أمام القضاء . وقد كان من المنطقي أن تقر الشريعة الإسلامية ، وهي الشريعة التي تنبني على البر والإحسان بأوسع معانيهما ، فكرة ما أطلق عليه في القانون الالتزام الطبيعي ، راجع المذكرة التوضيحية للقانون المدني الأردني في المادة 313 .

(1) وذلك كالوصية بأكثر من الثلث فهي باطلة وإن أجازها الورثة فعطية منهم الشرح الصغير ( 183/4 ) .

يكونون عالة على المجتمع ، فيجب على أهل الحل والعقد منعُ مثل هذا الخطر القتّال لمعنوية الأمة [1] ، وهم المسئولون عن ذلك بين يدي اللّه مصداقًا للحديث الشريف : « كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته [2] » إلخ .

وأما الالتزامات المدنية المقضي فيها بعدم السماع أو برفض الدعوى لغير سبب الدفع المبرئ للذمة فإنه يجب على المدين أداء ما في ذمته لصاحب الدين بينه وبين اللّه ، ولا تبرأ ذمته برفض الدعوى ولا بعدم سماعها مادام لم يؤد الدين ، ومثلها الالتزامات التي تعارض بحكم حاز قوة الشيء المحكوم فيه إلخ .

---

(1) تناولت المادة 740 مدني مصري ومشروع المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة أحكام المقامرة التي تعقد بجعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة واكتساب القوة ، وقد أجازت هاتان المادتان ذلك ، وأجازتا أن يكون الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن يعطى للفائز .

فقد يبذل الجعل من أحد المتسابقين ، كأن يقول أحدهما للآخر : إن سبقتني فلك علي مائة جنيه ، وإن سبقتك فلا شيء عليك . فهذا جائز ، لأنه لا يحتمل القمار فلا يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم ، وإنما يحمل على التحريض على الرياضة والاستعداد لأسباب القوة .

وقد يبذل الجعل من غير المتسابقين ، كأن تقدم الدولة أو أحد الأندية أو غيرهما من الجمعيات مبلغا أو مالا لمن يفوز في مباراة معينة ، فهذا أيضا جائز للسبب المتقدم .

ولكن لا يجوز أن يشترط المتعاقدان جعلا لمن يفوز منهما على الآخر . كأن يقول أحدهما للآخر : إن سبقتني فلك علي مائة جنيه وإن سبقتك فلي عليك مائة جنيه . فهذا غير جائز لأنه يحتمل القمار بمعنى أن يتردد كل منهما بين أن يغنم ويغرم . وكأن يقدم كل من المتسابقين مالا يكون جميعه لمن يفوز منهما . فهذا أيضا غير جائز لأنه يحتمل القمار . لكن إذا اشترك في السباق ثلاثة ، فقدم اثنان منهما المال ولم يقدم الثالث شيئا ، فإن سبق أحد اللذين قدما المال أخذه كله ، وإن سبق الثالث أخذ المال كله وإن لم يسبق لا يغرم شيئا ، فإن هذا يجوز . ولهذا سمي ذلك الشخص الثالث محللا لأنه بسببه أصبح المال حلالا .

جاء في المحلى جـ 7 :

فقرة 970 : مسألة : وتعليم الرمي عن القوس والإكثار فيه فضله حسن .

فقرة 971 : مسألة : والمسابقة بالخيل ، والبغال ، والحمير ، وعلى الأقدام حسن ، والمناضلة بالرماح ، والنبل ، والسيوف حسن .

فقرة 972 : مسألة : والسبق هو أن يخرج الأمير أو غيره مالا يجعله لمن سبق في أحد هذه الوجوه فهذا حسن .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 290 ، 291 ) .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الجمعة ، باب الجمعة في القرى والمدن 38/2 ، حديث رقم 893 ، وأبو داود في « السنن » كتاب الخراج والإمارة والفيئ ، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية 180/3 ، حديث رقم 2928 ، والترمذي في « السنن » كتاب الجهاد ، باب ما جاء في الإمام 208/4 ، رقم 1705 عن عبد اللّه بن عمر .

وأما التزامات عديمي الأهلية متى ألغيت فلا شيء على عديم الأهلية إطلاقًا بعد بلوغه الرشد الشرعي ، فإن أراد التمسك بالوفاء بعد ذلك فهو تبرع منه ليس واجبًا عليه .

تعهُّد الأب بتربية وتعليم ولد طبيعي : هذا محض تبرع لا وجوب فيه على أن المشرع الإسلامي أهدر حق ولد السفاح عن والده الحقيقي محافظة على النسب الشرعي واحترامًا له . غير أنه ألزم الهيئة الاجتماعية بتربية وتعليم أولاد السفاح درءًا للشرور من جذوعها .

ودفع الأبوين مهرًا لولدهما تبرع أيضًا .

ومساعدة الأخ لأخيه عند مالك ليست واجبة ؛ لأنه لا نفقة واجبة بين الإخوة بخلاف مذهب أبي حنيفة ، فأوجب النفقة بين الإخوة عند الحاجة كما مر الكلام فيها في باب النفقات .

ودفع تكاليف المرض الأخير ومصاريف الدفن يجب إخراجها أولًا من تركة المتوفى فإن لم يكن له تركة فمن بيت مال المسلمين [1] إن لم يتبرع بها أحد من أقاربه أو من عامة المسلمين . وأما الديون المرتكزة على الشرف فإن كان سببها صحيحًا ندب الوفاء بها كخدمة شخص أخلص فيها لآخر ، وأعطاه أجر عمله ، وإن كانت لشيء محرم لم تقره قوانين كأجر المعاشرة بلا زواج فهي غير واجبة ، ولا يقرها التشريع الإسلامي ، بل يجب فيها الحد على الزاني والزانية لإجبارهما على التزاوج الشرعي ، فلا تحترم الهيئة الاجتماعية عملًا خرج على أصول قوانينها المصطلح عليها .

## الكتاب الرابع

### بند [ 159 ] تلاشي الالتزامات

**القانون الفرنسي** : الدفع : الدفع هو إتمام ما تعاقد عليه الطرفان ، وهو المكون لمادة الالتزام ، فالدفع أعم من دفع النقود ، ويتحقق في فعل أو عدم فعل شيء أيضًا ، والكلام فيه على وجوه :

**أولًا** : الذي يملك الدفع .

الأساس العام أن الدفع يمكن أن يكون من أي شخص يهمه أو لا يهمه تنفيذ

(1) مصاريف دفنه من غسل وكفن ونحو ذلك يجب أن تكون بالمعروف بما يناسب حاله من فقر وغنى . حاشية الدسوقي ( 458/4 ) .

الالتزام ، فيكون أولًا من المدين ، ثم من الشريك في الدين ، ثم من الضامن أو من أي شخص أجنبي ، فيكون كوكيل عن المدين أو كمدير للعمل ، وليس للدائن الامتناع عن تسلم حقه ممن يدفعه إليه . فقط لا يجبر الدائن على تنازله عن حقه في الدعاوى ضد مدينه إذا كان الدافع يعمل باسمه لا باسم مدينه .

ويستثنى من قاعدة أن الدفع يمكن أن يكون من أي شخص ما إذا كان معتبرًا في التعاقد صفة خاصة في الملتزم وأنه من صالح الدائن أن يفعل المدين نفسه كالممثل أو الفنان ، فيتعين الدفع من المدين نفسه ، وللدائن الحق في الامتناع عن التقاضي من أي شخص آخر غير مدينه .

الشروط المطلوبة ليكون الدفع صحيحًا : ليكون أداء الالتزام صحيحًا يلزم وجود شرطين :

1 - كون المؤدِّي مالكًا لما أداه في الالتزام .

2 - كون المؤدِّي أهلًا للتملك .

فيطبق هذان الشرطان في الالتزامات بشيء له جنس أو شيء له قدر لا في عمل أو امتناع عنه .

فإن أدى الدافع بما لا يملك كان الأداء لاغيًا . وللدائن الحق في طلب مدينه بتنفيذ ما التزم به بشرط رد ما أخذه أولًا متى كان باقيًا . فإن هلك بين يديه بعارض طارئ فله أيضًا حق مطالبة مدينه بالأداء ، وليس عليه دفع ثمن ما تلف . ولا تبرأ ذمة المدين إلا بالأداء الصحيح حتى ولو نجا الدائن من كل حقوق الغير على هذا الشيء المؤدي لأي سبب كان كمضي المدة أو سقوط الحق أو وضع اليد في المنقول .

وللمدين في حالة الأداء لما لا يملك استرجاعُ ما أداه من يدي الدائن ليؤدي التزامه بطريق صحيح ، إلا إذا كان يستهلكه بنية سليمة فقد برئ المدين من التزامه ، وليس لدائنه رجوع عليه .

ولمالك ما دُفع أداءً للالتزام حقٌّ استرداده ممن تحت يده متى أمكن ذلك قانونًا وإلا رجع على مغتصبه بقيمته وتعويضه .

فإن كان المؤدي ليس أهلًا للتصرف أمكن إلغاء هذا الأداء . والإلغاء حق لعديم

الأهلية ، وفي هذه الحالة يجوز للدائن طلب حقه . فإن أفنى ما تسلمه باستعماله بحسن نية فلا رجوع لأحد عليه ولا رجوع له على أحد [1] .

## بند [ 160 ] تلاشي الالتزامات

**التشريع الإسلامي** : تتلاشى الالتزامات وتسقط عن الملتزم بالأداء ، فمن دفع خمسة وعشرين جنيهًا لدائنه وفاء لدين كان عليه بمثل هذا المبلغ فقد تلاشى التزامه وسقط عن الملتزم وجوب الأداء مرة أخرى . ومتى وقع الأداء صحيحًا والقبض والتسلم صحيحًا فقد برئت ذمه المدين ، ولا طلب لأحد عليه بعد ذلك .

فالدفع هو أداء ما تم التعاقد عليه بين الطرفين المتعاقدين أيًا كان نوعه [2] .

والذي يملك الدفع - يعني الأداء لما وقع عليه الالتزام - هو المدين أو الشريك في الدين أو الضامن أو أي شخص آخر بغير أمر المدين بشرط أن يكون الأداء رفقًا بالمدين ، فإن أداه إعناتًا له وضررًا به لعدواة بينهما مثلًا منع من ذلك ، ثم يرد ما أداه عنه عنتًا . وليس للمؤدي مطالبة ما على المدين بل يجب منعه من مطالبته قهرًا عنه [3] .

وحيث كان الأداء رفقًا بالمدين لزم رب الدين قبوله ولا كلام له ولا للمدين إذا كان الطالب له أحدهما ، فإن امتنعا معًا لم يلزم رب الدين القبول .

واقتضاء الدائن حقه في السلم ممن هو عليه أو ممن يدفعه بدله رفقًا به جائز بلا

---

(1) انظر : البنود من 1235 إلى 1248 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 277 : 279 .

(2) تناولت المادة 341 مدني مصري والمادة 331 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة ما يكون به الوفاء ، وأنه لا يجبر الدائن على قبول غير المستحق حتى لو كان مساويًا في القيمة أو أعلى منها ، وهو ما أوجبته المادتان 208 ، 222 من مرشد الحيران ، وراجع في هذا حاشية ابن عابدين 276/3 وما بعدها . وقد تناولت الموضوع نفسه المادة 405 كويتي والمادة 329 مدني أردني .

(3) تناولت المواد 323 مصري و 375 عراقي و 322 سوري و 317 أردني من يكون له الحق في الوفاء ، وبينت هذه المواد أن الوفاء يكون من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء ، أو لا مصلحة له مالم يعترض المدين ويبلغ الدائن اعتراضه . راجع في ذلك من وجهة الفقه الحنفي المواد 196 ، 197 ، 202 ، 205 من مرشد الحيران .

جبر على الدائن حيث قضاه قبل الأجل أو المحل ؛ لأن الأجل في السلم ( البيع لأجل ) حق لكل منهما فإن كان المسلم فيه نقدًا أجبر الدائن على قبوله قبل الأجل إن طلبه المسلم إليه ؛ لأن الأجل حق لمن عليه الدين (1) .

وإن كان الدين قرضًا فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عينًا أو غيره ، ولزم المشتري القبول كما يلزم البائع الدفع بعد الأجل والمحل .

ومتى دُفع الدين للدائن فليس له حق قِبَل مدينه إطلاقًا وبرئت ذمة المدين متى كان الدفع صحيحًا . ولا يقال : إذا كان الدفع باسم الدافع فتبقى دعاوى الدائن ضد مدينه . وإذا كان الدفع باسم المدين فتسقط تلك الدعاوي؛ لأن الدفع متى تحقق ، وكان صحيحًا ، والدافع يعلم أنه يؤدي التزام زيد لعمر ، وكان أهلًا للأداء فقد برئت ذمة المدين ، فلا توجد دعاوى بين الدائن والمدين ، إنما الدعاوى تكون بين المدين ومن أدى عنه التزامه . ففي الواقع قد انتقل شغل ذمة المدين بالتزامه من دائنه الأول إلى دائنه الثاني الذي أدى عنه التزامه (2) .

هذا إذا لم يكن الالتزام ملحوظًا فيه شخص الملتزم كخياط معروف أو نجار أو حداد مثلًا معين فيتعين عليه أداء الالتزام بنفسه حسب التعاقد . فإن أداه غيره فللملتزم له الامتناع عن القبول . بل لو تلفت مادة الالتزام فالملتزم ضامن ؛ لأنه يجعل الغير يفي بما التزم به مع أنه هو المقصود بالذات فيعتبر متعديًا والمتعدي ضامن .

فإن كان الالتزام بأداء شيء وجب أن يكون الشيء المؤدَّى مملوكًا للمؤدِّي وأن يكون المؤدِّي أهلًا للتمليك . فان أدى من مال غيره أو كان صغيرًا أو سفيهًا أو مجنونًا فالأداء باطل ، ولا تبرأ به ذمة المدين ، فللدائن إذن مطالبة مدينه بالوفاء

---

(1) يقول الدردير : المتاركة مفاعلة معناها الترك من الجانبين ( بمتماثلين ) أي مدينين بدينين متماثلين قدرًا وصفة كعشرة محمدية وعشرة محمدية أو غير متماثلين كما يأتي حال كون كل واحد منهما عليه مثل ما على صاحبه ، وكل واحد منهما يترك الدين الذي له على صاحبه .

الشرح الصغير جـ 3 ص 118 ، 119 .

(2) تناولت المادة 334 مدني مصري ، والمادة 315 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية والمادة 395 مدني أردني ، موضوع الوفاء بالدين من غير المدين ، وحق هذا الغير في الرجوع على المدين بما أداه عنه . وهو ما تناولته المادتان 198 و 205 من مرشد الحيران .

وعليه رد ما أخذ ؛ لأنه ليس ملكًا لمن أداه ، فهو مغتصب من الغير ؛ فعليه رده [1] .

وإن كان الالتزام عملًا وجب أن يُؤَدَّى العمل حسب التعاقد بلا نظر إلى أهلية المؤدي . لكن لو فُرِض واتفق شخص مع آخر على حرث أرض معينة بأجر كذا ، فحضر شخص آخر قاصر أو سفيه وحرث هذه الأرض نيابة عن الملتزم ، ثم حضر وليه يطالب صاحب الأرض بأجر عمل من تحت ولايته فلا ينفع صاحب الأرض ادعاؤه أنه متفق مع فلان الذي عمل مكانه هذا القاصر ، فيجب على الملتزم بالحرث إما دفع الأجر للقاصر ؛ لأنه أدى عملًا له ليس واجبًا عليه أو الملتزم له فيدفع له أجره ، ثم يرجع على من التزم له بالعمل ؛ لأنه لم يعمل ما تعهد به [2] .

---

(1) تناولت المادة 335 من القانون المدني المصري الشروط الواجبة في الوفاء لصحته ، ونصها :
1 - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .
2 - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى فيه وينقضي به الالتزام إذا لم يُلحق الوفاءُ ضررًا بالموفي وهو ما تناولته المادة 313 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .
والمادة 392 من التقنين الكويتي .
والمواد 376 و 377 و 378 من التقنين العراقي .
فالمادة 376 من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه فإن استحق بالبينة وأخذه صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه » .
والمادة 377 تنص على أنه « إذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي » .
والمادة 378 تنص على أنه « لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء إلي الإضرار ببقية الدائنين » .
وهو ما تناولته كذلك المادتان 318 و 319 من التقنين الأردني .
فالمادة 318 من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفي مالكا لما وفى به . وإذا كان المدين صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي » .
والمادة 319 تنص على أنه « لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان المدين محجورا للدين ووفي من المال المحجور أو مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 97 ) .

(2) تناولت المادة 208 من القانون المدني المصري والمادة 222 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الالتزام بالعمل وحق الدائن في رفض الوفاء بالالتزام من غير المدين نفسه إذا جرى الاتفاق أو استوجبت طبيعة العمل الملتزم به أن ينفذه المدين بنفسه .

=

ويعتبر الملتزم له أمينًا على الشيء المؤدَّى ( مادة الالتزام ) متى كانت غير مملوكة للمؤدي ، فإن هلكت بفعله ضمن القيمة أو المثل يوم التعدي ، وإن هلكت بعارض قهري لا دخل له فيه فلا ضمان عليه حيث لم يعلم بالغصب والضمان على الدافع ؛ لأنه غاصب [1] . ولا تبرأ ذمة المدين بهذا الأداء ، ومن وفى بملك غيره ففات عند رب الدين فإن الوفاء يمضي وعلى الغاصب مثل المثلي أو ثمنه إن كان طعامًا ، وقيمة المقوم ، ولا يتعرض لرب الدين ما دام لم يعلم بالغصب .

وبما أن المدين هو المسئول عن صحة الأداء فإذا أدى ما لا يملك فله الرجوع بما أداه من ملك الغير لرده لمالكه والوفاء بالتزامه أداء صحيحًا يبرئ ذمته [2] .

فإن استهلك الدائن ما أخذه معتقدًا أن ذلك الأداء صحيح فلا شيء عليه ، وإنما التبعة على المدين ، وإذن فقد برئت ذمة المدين ولا مطالبة للدائن عليه .

فإن كان الشيء المؤدى للدائن لا زال موجودًا فلمالكه حق استرجاعه منه مباشرة ، وللدائن إذًا الرجوع مرة أخرى بدينه على المدين .

فإن كان المدين سفيها أو صغيرًا أو مجنونًا وأدى ما عليه نظر الولي فإن كان مصلحةً أمضاها حيث كانت طبقًا لالتزامات غير الرشيد ، وإن تنافت مع المصلحة أبطلها حيث كانت غير مطابقة لالتزامات غير الرشيد . فإن أفناها من تسلمها فلا

---

= وهو ما جاء في المادة 249 من التقنين العراقي .

والفقرة الأولي من المادة 356 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 73 ) .

(1) الضمان على السارق أو الغاصب طبقًا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 217 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(2) تضمنت المادة 325 من القانون المدني المصري اشتراط ملك المدين للشيء الذي يوفي به التزامه وأن يكون أهلا للتصرف فيه حتى يصح الوفاء بالدين . ومفهوم ذلك أن وفاء المدين لا يصح إذا لم يكن الشيء الموفي به مملوكا له ، لأن التصرف في ملك الغير لا يصح . ويكون تصرفه في ملك الغير ينقله إلى حيازة الدائن غصبًا يستوجب الضمان . ويشاركه الدائن في ضمان المغصوب ، لأنه يكون غاصب الغاصب ، فيضمن إن علم بالغصب ويستقر عليه الضمان ، وإن لم يعلم وهلك المغصوب في يده ضمن ، وكان له الحق في الرجوع على المدين بما غرم . ويقابله المواد 313 مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية ، و 318 من القانون المدني الأردني .

شيء عليه متى كان التزامها صحيحًا ، وهي عين الشيء الملتزم بلا غبن على غير الرشيد ، وإن كانت أزيد من الشيء الملتزم به أو كانت مؤجلة ، وكان الأجل للمدين فلولي غير الرشيد استردادها أو أخذ الفرق من الدائن [1] .

### بند [ 161 ] من يملك حق القبض لمادة التعاقد

**القانون الفرنسي** : قاعدة عامة : الذي يملك حق القبض هو الدائن أو من يمثله قانونًا ، فالدفع للدائن يبرئ ذمة المدين متى كان الدائن أهلًا للقبض ، فإن دفع لغير أهل فللدائن طلب الدفع مرة أخرى . ومع ذلك فإن كان الدفع لغير أهل برئت ذمة المدين في الأحوال الآتية :

**أولًا** : إذا كان الدائن قد انتفع بما قبض باقتناء ما هو خير من الالتزام .

**ثانيًا** : إذا أجاز الدائن الدفع الذي قبضه حال عدم الأهلية بعد أن حاز صفة الأهلية ، والذي يمثل الدائن وكيله القانوني بتوكيل عام أو خاص أو وصيه أو ولي أمره .

ويستثنى من الدفع للدائن أو وكيله نوعان :

النوع الأول : دفع لغير الدائن أو من يمثله يعتبر صحيحًا في الأحوال الآتية :

( 1 ) متى أجاز الدائن الدفع الذي وقع لغيره اعتبر صحيحًا ، وبرئت ذمة المدين من التزامه .

( 2 ) متى انتفع الدائن بما دفع مدينه كالدفع لدائن الدائن .

( 3 ) متى كان الدفع للدائن الظاهر الذي يعرف الناس أنه هو الدائن ، كوارث يعرفه الناس أنه هو الوارث للمتوفىَّ الدائن فتبرأ ذمة المدين وجهًا لوجه مع الوارث الحقيقي الذي ظهر بعد ذلك ، وللوارث الحقيقي الرجوع على الوارث الظاهر فيما قبضه من المدين .

النوع الثاني : الدفع للدائن نفسه ليس قانونيًا ، وذلك في حالة دفعه للدائن بعد الحجز على ما بذمته تحت يده لدائن الدائن .

---

(1) يقول ابن رشد : « أما ذو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر أي يقول فيه إنه رشيد إن كان مقدما من غير الأب إلخ .. » .
بداية المجتهد جـ 2 ص 281 .

وحجز ما للمدين تحت يد الغير هو عمل قانوني به يمنع دائن مدين مدينه من دفع ما بذمته إليه ، ويدعوه إلى دفع ما بذمته لمدينه إليه هو .

ونتيجة حجز ما للمدين تحت يد الغير أن المدين المحجوز تحت يده ليس له الحق في الدفع ليد دائنه ، بل يجب عليه قانونًا الدفع لدائن دائنه فإن دفع لدائنه وجب عليه الدفع مرة أخرى لدائن دائنه الذي حجز تحت يده [1] .

## بند [ 162 ] من يملك حق قبض مادة الالتزام

**التشريع الإسلامي :**

**أولًا** : إن كان الملتزم له بالغًا عاقلًا رشيدًا فهو الذي يملك حق قبض مادة الالتزام بنفسه أو بوكيل يوكله في القبض عنه في توكيل عام يشمل كل قبض أو بتوكيل خاص لشيء معين يتقاضاه عنه ، ومتى تم القبض على هذا الوجه برئت ذمة المدين [2] .

وأما توكيل المحامي في التقاضي ورفع الدعاوى ودفع الرسوم والمرافعات فلا يعتبر توكيلًا في القبض إلا إذا نص على ذلك في نفس التوكيل .

والقائم بأعمال إدارة الأملاك كالمحصل من السكان ومن المؤجرين يعتبر وكيلا في القبض عرفا وعادة . والقائم بأعمال الزراعة وكيل في الإيجار والمحاسبة والقبض من المستأجرين إلا إذا منعه المالك من ذلك .

**ثانيًا** : إن كان الملتزم له صغيرًا أو مجنونًا أو محجورًا عليه فلا يملك القبض أحد منهم [3] ، وإنما الذي يملك القبض الصحيح هو الوصي أو الولي [4] عمن ذكر فإن

---

(1) انظر : البنود من 1235 إلى 1248 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 277 : 279 .

(2) قاعدة : متى تم القبض بشروطه برئت ذمة المدين وهذه القاعدة تقابل المادة 325 مدني مصري .

(3) قاعدة : لا يملك القبض الصغير أو المجنون أو المحجور عليه .

(4) جاءت المادة 110 من القانون المدني المصري والمادة 95 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية بأنه ليس للصغير حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

وهو ما جاءت به المادة 96 من التقنين العراقي .

والمادة 1/86 من التقنين الكويتي .

وحكم ذلك مستمد من الشريعة الإسلامية : م 966 من المجلة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 22 ) .

قبض واحد منهم فقبضه باطل لا تبرأ به ذمة المدين وماله الذي أداه هَدْر إلا إذا صون به أحد هؤلاء ماله أو انتفع به في حفظ ماله ، فإن الدفع ينفع المدين في الأقل مما دفعه ومما صون به غير الرشيد ماله . وعلى هذا متى كان الدفع لغير أهل فللولي أو الوصي طلب الأداء من المدين مرة أخرى مع ملاحظة انتفاع غير الرشيد بما قبضه [1] إلخ .

فإن أجاز الولي أو الوصي الدفع لغير الرشيد أو أجاز من له القبض الدفع لغير دائن صح الدفع ، وبرئت ذمة المدين ، وليس للدائن عليه مطالبة مرة أخرى .

ولو انتفع الدائن بمثل دينه من أداء مدينه برئت ذمة المدين كمن دفع دين مدينه الواجب السداد مثلًا ، وكان مماثلًا لما عليه صح ، وبرئت ذمة المدين .

أما الدفع للدائن الظاهر ( كوارث الدائن الظاهر ) الذي تبين أنه غير دائن يعني غير وارث ، فإن كان قد تخالص معه الدائن الظاهر بأن كان تسلم منه سند الدين فلا مطالبة للدائن الحقيقي عليه ، وشأنه مع الدائن الظاهر ، يرجع عليه بما قبض من المدين لمورثه [2] .

وإن كان لم يتخالص أي لم يتسلم منه سند المديونية ، فالدائن الحقيقي يرجع عليه ، وهو يرجع على الدائن الظاهر ، ولا شأن للدائن الحقيقي مع الدائن الظاهر ؛ لأنه لم يضيع عليه شيئًا مادام سند المديونية موجودًا عند الدائن الحقيقي .

فإن كانت المديونية أداء التزام بدون سند وأداه المدين فعلى الدائن الأصلي مطالبة الدائن الظاهر بما قبضه ؛ لأنه قد استولى على شيء لا يستحقه فهو غاصب للتركة ، فليؤدها بما لها وما عليها ، ولا مسئولية إذن على المدين ، إلا إذا علم أن هذا الشخص ليس هو الوارث الحقيقي فهو متواطئ معه ، وهو الملتزم بالأداء مرة أخرى .

ويجوز للدائن كما سبق إخبار الحاكم أن مدينه له دين عند زيد ، ويخشى إذا أخذه عدم وجود شيء عنده ليستوفي منه دينه وهو مماطل في الدفع ، وللحاكم متى تبين له صحة هذه الدعوى أن يأمر المدين بأداء دينه لدائنه ، فإن أداه فبها وإن لم يؤده

(1) يقول الدردير : « وشرط صحة عقد العاقد – الملتزم والملتزم له – تمييز ، فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر .... » الشرح الصغير جـ 3 ص 2 .

(2) يقول الدردير : فلا يلزم المحجور لسفه أو رق إلا بإذن الولي . الشرح الصغير جـ 3 ص 3 .

وكان له دين عند زيد ، فيأمر زيدًا بأداء ما عليه لدائن دائنه . ومتى تعلق حق الدائن بذمة مدين مدينه وجب على مدين المدين أداء دينه لهذا الدائن ، فإن لم يؤده إليه بل أداه لدائنه فهو ملزم بالأداء مرة أخرى لمن قضى القاضي بأن يدفع إليه ؛ لأنه عمل على إضاعة أموال دائن مدينه فألحق به ضررًا ، والضرر ممنوع ويجب رفعه .

**بند [ 163 ] الالتزام الواجب أداؤه ( مادة التعاقد )**

**القانون الفرنسي** : يجب وضع القاعدتين الآتيتين في مادة التعاقد :

**أولًا** : يجب أن يكون الدفع مطابقًا للالتزام .

**ثانيًا** : يجب أن يكون الدفع غير مجزأ .

**القاعدة الأولى :**

الدفع يجب مطابقته للالتزام . فليس الدائن ملزمًا بقبض غير ما تم التعاقد عليه ولو كان أعلى قيمة أو أحسن وصفًا ، فإن قبل الدائن شيئًا معينًا بدل دينه صح ، وبرئت ذمة المدين متى أداه مختارًا .

فإن دفع المدين ما قبله الدائن بدل دينه الذي كان ذهبًا أو فضة متعاملًا بها ( عملة سائرة ) ، ثم استحق هذا المدفوع للغير بطل الدفع ، وعاد الدين بجميع لوازمه قِبَلَ المدين ما عدا الضامن فقد خرج من الضمان بعد التحويل المذكور .

**القاعدة الثانية :**

الدفع يجب ألا يكون مجزأً . فيدفع المدين كل دينه دفعة واحدة ، ولا يجبر الدائن على قبول تجزئة دينه في الدفع ، وزمن الدفع يكون كما دُوِّن في العقد ، ومع ذلك يجوز للمحكمة منح مدة للمدين تمكينًا له من الدفع . ومكان الدفع حسب نص العقد ، فإن أغفل العقد ذلك وجب أن يكون في محل المدين إلا إذا كان ذاتًا محددة معروفة فمحل الدفع يكون محل وجود هذه العين وقت تحرير العقد .

وكل مصاريف الدفع على المدين إلا بشرط في العقد يحملها للدائن [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1235 إلى 1248 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 277 : 279 .

## بند [ 164 ] الالتزام الواجب أداؤه ( مادة التعاقد )

**التشريع الإسلامي** : يجبر الدائن والمدين على قبول وأداء الالتزام طبقًا لما تم عليه التعاقد بين الطرفين . وبما أن الدين يختلف باختلاف ما نتج عنه فلكل قسم حكم خاص وذلك :

**أولًا** : جاز قضاء قرض بمساو لما في الذمة قدرًا وصفة حل الأجل أم لا ، كان الدين عينًا أو طعامًا أو عرضًا .

وحاصل فقه المسألة أن القرض إن كان عينًا ، وأراد المقترض رده لزم ربه [1] قبوله مطلقًا ، كان في محل القضاء أو في غيره ، حل الأجل أوْ لا ، إلا لخوف في الطريق أو احتياج إلى كبير حمل فلا يلزمه قبوله قَبْل المحل . وإن كان القرض غير عين بأن كان عرضًا أو طعامًا فيجبر المقرض على القبول إذا أتى به المقترض في محل القضاء ، حل الأجل أم لا وإلا فلا يجبر [2] . وأما دين البيع فإن كان عينًا فحكمه حكم عين القرض ، وإن كان غير عين فيجبر ربه على القبول إن كانا في محل القضاء وحل الأجل . وإن كانا في غير المحل حل الأجل أم لا ، أو كانا في المحل ولم يحل الأجل فلا يجبر ربه على القبول اهـ [3] .

---

(1) قاعدة : القرض إن كان عينًا وأراد المقترض رده لزم ربه .

(2) تناولت المادة 347 من القانون المدني المصري والمادة 337 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وجوب تسليم محل الالتزام إن كان عينا في مكان نشوء الالتزام ، أما إن كان محل الالتزام دينا متعلقًا بالذمة فيجب الوفاء في المكان الذي يوجد فيه المدين وقت الوفاء .

وهو ما تناولته المادة 336 من التقنين الأردني .

والمادة 412 من التقنين الكويتي .

والمادة 396 من التقنين العراقي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 102 ) .

(3) يقول المواق : إن من أحكام القرض أن يرد بعينه إن شاء أو يرد مثله .

التاج والإكليل جـ 5 ص 545 ، الشرح الصغير جـ 3 ص 116 ، 117 .

والقرض لا يلزم أخذه بغير محله ، بمعنى أن المقترض إذا دفعه للمقرض في غير محل القرض ، وأبى من أخذه ، فإنه لا يلزمه قبوله لما فيه من زيادة الكلفة . فإن رضي بأخذه جاز إلا أن يكون الشيء المقترض عينا فيلزم مقرضها أخذها بغير محلها إذ لا كلفة في حملها ، ولو اتفق في الطريق خوف . وينبغي أن يكون مثل العين الجواهر النفيسة . الخرشي على مختصر خليل ( 232/5 ، وما بعدها ) .

وجاز بأفضل منه صفة بشرط عدم الدخول على ذلك عند القرض وإلا فسد .

وجاز بأقل صفة وقدرًا أو أحدهما إن حل الأجل ، لا أزيد عددًا في المتعامل به عددًا ، أو أزيد وزنًا في المتعامل به وزنًا ، حل الأجل أم لا .

**ثانيًا** : قضاء ثمن البيع المترتب في الذمة : يجوز بالمساوي والأفضل صفة ، حل الأجل أم لا ، وبأقل صفة أو قدرًا إن حل الأجل لا قبله .

**ثالثًا** : قضاء ثمن المبيع إذا كان عينًا : يجوز بأكثر عددًا أو وزنًا مما في الذمة وأولى صفة ولو لم يحل الأجل (1) .

فلو كان الثمن عرضًا أو طعامًا فإن حل الأجل أو كان حالًّا ابتداء جاز بمساو وأزيد قدرًا أو صفة ، وبأقل إن كان عرضًا كطعام ، وجعل الأقل في مقابلة قدره ويبرئه مما زاد ، لا إن جعل الأقل في مقابلة الكل فيمنع لما فيه من المفاضلة في الطعام .

وإن لم يحل الأجل جاز إن كان بمثله صفة وقدرًا لا بأزيد لما فيه من ( حط الضمان وأزيدك ) لا بأقل لما فيه من ( ضع وتعجل ) (2) .

ومن القواعد الممنوعة في المعاملات ما يأتي :

( حط الضمان وأزيدك ) فتدخل ثمن المبيع إذا كان عرضًا أو طعامًا ؛ لأن الحق في الأجل لرب الدين ، ولا تأتي في القرض مطلقًا ولا في ثمن المبيع إذا كان عينًا ؛ لأن الحق لمن عليه الدين إن شاء عجل أو أبقى للأجل .

( ضع وتعجل ) (3) تجري في قضاء القرض وثمن المبيع كان القرض أو الثمن عينًا أو طعامًا أو عرضًا . كل هذا يجوز متى قبل الدائن من مدينه ، فإن حتم القدر والوصف المشترط في العقد فله ذلك .

---

(1) وتجوز المقاصة في دينى العين مطلقا ، إن اتحدا قدرًا ، وصفة ، وسواء حلا معا ، أو أحدهما ، والآخر مؤجل .

الشرح الصغير ( 119/3 ) .

(2) قال ابن رشد : « والصور التي يعتبرها مالك في ذرائع الربا منها : انظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلًا أو بيع ما لا يجوز نساءً أو إلى بيع وسلف أو إلى ذهب وعرض بذهب أو إلى ضع وتعجّل وبيع الطعام قبل أن يستوفى بيع وصرف فإن هذهْ هي أصول الربا » بداية المجتهد جـ 2 ص 143 . الشرح الصغير ( 119/3 ، 120 )

(3) قاعدة : ضع وتعجل أي نقص الدين المؤجل مقابل التعجيل بالوفاء به .

فإن كان الدين في الذمة – يعني دينًا نقدًا – وأدى بدله عينًا ، وقبلها الدائن ثم استحقت من يده للغير رجع بثمنها على المدين لا بدينه الأصلي ؛ لأنه حينما أدى العين بدل الدين النقد قد قضى الالتزام بهذه العين بدل الدين ؛ فأصبحت ملكًا للدائن فلما استحقت منه حُقَّ له أن يرجع بما استحق منه بقيمته إن كان قيميًّا وبمثله إن كان مثليًّا ، فقد تحول الدين في الذمة إلى عين في اليد؛ ولهذا لا يلتزم الضامن في الدين الذي كان في الذمة بالضمان بعد دفع هذه العين .

ومقتضى عودة الدين الأصلي بماله وما عليه أن يعود الضمان ؛ لأنه تبين أن الدين باق وأن الشيء الملتزم به لم يؤد ، وأن ذمة المدين ما زالت مشغولة حسب التشريع الوضعي ، ولكنه قال برجوع الدين دون الضمان ، وهو لا يتفق مع علة رجوع الدين . والأولى إلزام المدين بقيمة العين التي جعلها بدلًا عن دينه إن كانت العين مقومة أو مثلها إن كانت مثلية .

وأداء الالتزام يكون كنص التعاقد أو طبقًا للتعاقد ، ويكون أداءً كليًّا إلا إذا كان العقد يقضي أن يكون منجمًا فيؤدى كذلك . وإن أراد المديان دفع بعض ما عليه وهو موسر فهل يجبر الدائن على القبول أم لا ؟ خلاف . فإن كان المديان فقيرًا فيجبر الدائن على القبول اتفاقًا [1] .

ويجوز للقاضي منح مهلة لتاجر أحاطت به ظروف قاهرة أو غير تاجر ينتظر وفاؤه بحيث لا تضر بالدائن ، ويكون الدفع في المحل المشترط في العقد ، فإن لم يكن مشترطًا فمحل العقد إلا إذا كان العرف يقضي بغير ذلك فالعادة محكمة .

---

(1) تناولت المادة 342 من القانون المدني المصري والمادة 332 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية عدم جواز جبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بحق المدين في الوفاء الجزئي .

وهو ما تناولته المادة 330 من التقنين الأردني .

والمادة 406 من التقنين الكويتي .

والمادة 392 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان الدين حالا فليس للمدين أن يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 215 من مرشد الحيران على هذا الحكم .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 101 ) .

ونفقة دفع الثمن على المشتري ، ونفقة دفع المثمن على البائع ، ونفقة القرض أخذًا وردًا على المقترض ، ونفقة الوديعة على المودع ، ونفقة العارية على المستعير إلا لشرط أو عرف في الجميع فيعمل به [1] .

## بند [ 165 ] الدفع مع حلول شخص محل آخر

**القانون الفرنسي** : وهو أن يدفع الدين شخص ثالث للدائن ، أو يدفع بدله حبوبًا فيقبلها الدائن ، وبهذا برئت ذمة المدين من مطالبة دين دائنه ، وحل محل هذا الدائن من أدى الدين فأصبح المدين مدينا للشخص الثالث بدلا من دائنه .

ولدافع الدين دعويان : دعوى الوكيل أدى عن موكله دينه . وهي دعوى عارية عن كل ضمان للدين . ودعوى الدائن الأصلي وهي تنتقل إليه بما كان للمدين الأصلي من رهن وضمان إلخ .

والفرق بين حلول شخص ثالث محل الدائن بعد الدفع وبين تجديد الدين مع تغير الدائن أن الأول ينقل الدين وما يتبعه من ضمان ورهن إلخ ، والثاني يوجد دينًا جديدًا لا علاقة له بالأول .

والفرق بين دفع الدين من ثالث للدائن وحلوله محله وبين التنازل عن الدين لآخر نظير عوض أنهما يتفقان أولًا في حلول شخص في الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهن مكان شخص آخر ، وأن الذي يُنْقَل من الشخص الأول إلى الثاني هو نفس الدين الأول ، ويختلفان في :

1 - التنازل عن الدين يتم بطريق المشتري نظير عوض فهو عمل تجاري ، وحلول الشخص الثالث الدافع للدين خدمة للمدين بإعطائه فرصه أخرى ليتمكن من الدفع بلا نظر للربح .

2 - المتنازل له عن الدين يمكنه مطالبة مدينه بكل الدين المكتوب في صك الدين ولو كان قد اشتراه بأقل ، بينما أن من دفع الدين لا يطالب مدينه إلا بما دفع فقط .

3 - التنازل عن الدين لا يعارض الشخص الثالث إلا إذا قبل المدين بإشهاد

(1) ومؤنة أخذ العارية من محل ربها ، ومؤنة ردها على المستعير . الشرح الصغير ( 233/3 ) .

رسمي أو أعلن بالتنازل رسميًا ، بخلاف دفع الدين فلا يشترط فيه ذلك .

4 - التنازل عن الدين يُشْتَرط فيه إرادة الدائن واختياره ، خلافًا لدفع الدين في بعض الأحوال ، فليس له الامتناع عن قبول دينه؛ بل يصح جبره عليه .

## مأخذ دفع الدين من ثالث :

له مأخذان ، اتفاق الطرفين والقانون ، فالاتفاق نوعان : الأول من الدائن ، والثاني يأتي من المدين .

فالذي يأتي من الدائن هي الحالة الطبيعية ، إذ يفرض أن يأتي ثالث فيدفع الدين مكان المدين فينتقل حق الدائن إليه جميعه ، وما يتبعه بشرطين :

**أولًا** : يجب الحصول على رضا الدائن صراحة ولو بإمضاء عرفي .

**ثانيًا** : يجب أن يكون الحلول متفقًا عليه قبل الدفع ، أو في نفس وقت الدفع ؛ لأن الدين متى دفع بغير الاتفاق على الحلول لا يعود مرة أخرى لصالح الدافع ؛ بل يكون دائنًا عاديًا فقط . والذي يأتي من المدين هو أن يقترض مبلغ الدين من ثالث لدفع دينه مع إحلال المقرض محل الدائن ؛ فلا يشترط رضاء الدائن . فقط يشترط في القرض شكلًا ما يأتي :

1 - يجب تسجيل عقد القرض أمام مسجل العقود ، وأن يذكر فيه أن هذا القرض لسداد دين كذا .

2 - يجب تسجيل إيصال السداد أيضًا أمام مسجل العقود ، وذكر أن هذا الدين سُدِّد من قرض كذا .

والمأخذ القانوني وهو الحلول بنص القانون بدون اختيار لأحد الطرفين ، وهذا في أربع حالات يرى القانون أن المصلحة تقضي بذلك :

**أولًا** : أن يكون لشخص واحد دائنان أحدهما سُجلِّ أولا وله امتياز على العين ، والثاني سجِّل بعده ، فأراد الأول بيع العين المرهونة في وقت غير الرخاء ، فخشي الثاني أن الثمن لا يكفي سداد دينه أيضًا فيدفع دين الأول ، ويحل محله باسم القانون .

**ثانيًا** : أن يشتري شخص عقارًا ، ويدفع الثمن من يده لراهن العقار فيحل محله باسم القانون .

**ثالثًا** : أن يتعدد المدينون ، أو يكون المشتري ضامنًا فيدفع أحدهم الدين عن الآخرين ؛ فيحل محل الدائن .

**رابعًا** : أن يقبل شخص ميراثًا بشرط أن يحصر قدره أصلًا ودينًا ليعرف ماله وما عليه ، وقبل إتمام الحصر دفع دينًا من ماله الخاص؛ فيحل محل الدائن في الدين الذي دفعه .

## نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع :

**قاعدة عامة** : الحلول في الدفع يمنح الحالَّ كلَّ الحقوق التي كانت للدائن ، ويترتب على ذلك :

**أولًا** : يمكنه أن يعمل ضد المدينين بالتضامن وضد الضامن كما كان يعمل الضامن الأصلي .

**ثانيًا** : يرث الامتيازات والرهون من الدائن الأصلي ، ويستعملها حسب الترتيب الذي كان للدائن سواء أكان العقار بين يدي المدين أو شخص آخر .

**ثالثًا** : يرث أيضًا حق إلغاء عقد البيع إذا كان الحلول بدفع ثمن المبيع ، وكان هذا الحق للدائن الأصلي .

**رابعًا** : يمكنه استعمال صك الدين التنفيذي المتعلق بالدائن الأصلي ، ويجبر المدين على الأداء ولو جسمانيًا ، واستعمال الاختصاص التجاري الذي كان للمدين الأصلي .

ويستثنى من ذلك :

1 - للدائن الأصلي أن يحد من نتائج الحلول بالاتفاق خصوصًا في الضمان .

2 - متى أبرأ الدائن الأصلي ذمة مدينه نظير مبلغ أقل من دينه فليس للحال مطالبة المدين بأزيد مما دفع للدائن الأصلي .

3 - متى وجد أكثر من مدين في عقد واحد فليس للحالِّ مطالبة أي واحد من المدينين بأزيد من نصيبه .

4 - متى كان الحلول في جزء من الدين فليس للحال استعمال امتياز يضر بالدائن الأصلي كحال ، ولكن له استعمال أي حق شخصي كوكيل في دفع

بعض الدين أو كرجل أعمال ضد المدين [1] .

## بند [ 166 ] الدفع مع حلول شخص محل آخر

**التشريع الإسلامي** : سبق القول أنه يجوز لشخص آخر غير المدين أداءُ الدين ، أي دفع ما التزمه المدين متى كان يمكن أداؤه على نحو ما سبق ، سواء أكان المؤدي شريكًا أم ضامنًا أم أجنبيًّا بشرط ألا يكون الأداء إضرارًا بالمدين . ومتى أدى الالتزام فقد برئت ذمة المدين مما التزم به لدائنه الأول . ومن أدى الدين ( الالتزام ) إما أن يكون متبرعًا أوْ لا ؛ فإن كان متبرعًا بما أدى فقد برئت ذمة المدين أيضًا بالنسبة إليه ، وإن كان غير متبرع فقد أصبح الالتزام الذي على هذا المدين مستحقًّا لمن أداه لا للدائن الأول ؛ فيكون الدائن الثاني هو صاحب الحق في الالتزام دون الدائن الأول ؛ وينتقل إليه ضمان الالتزام أيضًا كما كان للدائن الأول متى كان ذلك مشترطًا في صك الدين الأول [2] .

ولدافع الدين دعوى ضد المدين أنه دفع دينه رفقًا به ، ويطلب منه أداء مثل ما دفع عنه وأنه ما كان متبرعًا بما دفع ، وله دعوى أخرى ضد الضامن متى كان قابلًا في تحويل الدين للغير ، وسيأتي بيان ذلك قريبًا [3] .

وحلول شخص ثالث محل الدائن بعد الدفع لا ينقل الدين وما يتبعه من ضمان ورهن إلا إذا قبل الضامن أو المدين .

وأما تجديد الدين فهي عملية أخرى مستقلة سيأتي الكلام عليها في بيع الدين ، فلا علاقة بالدين الجديد مع الدين القديم ، وسيأتي أقسامه وأحكام كل قسم . دفع الدين من ثالث وحلوله محل الدائن ، وتنازل الدائن عن دينه لثالث نظير

---

(1) انظر البنود من 1249 إلى 1252 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول .

(2) يقول ابن رشد : من ضمن عن رجل مالا لزمه وبريء المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين راجع تفصيلاتها في بداية المجتهد جـ 2 ص 297 وما بعدها ، وإرشاد السالك ص 96 ، 97 .
حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 2 وما بعدها .

(3) تناولت المادة 334 مدني مصري والمادة 315 جواز قيام غير المدين بالوفاء بالدين ، ويحق لهذا الغير الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 205 من مرشد الحيران ، ونصها : « إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المديون ، سواء قبل أو لم يقبل ... » .

عوض يتفقان في أن الدين أصبح ملكًا للثالث ، وأن حق الامتياز والرهن والضمان ينتقل إلى الشخص الثالث ، متى قبل الضامن أو المدين في الرهن والامتياز .

ولكن التنازل قد يكون بطريق المشتري دون دفع الدين من ثالث فهو رفق به ، والتنازل عن الدين نظير عوض يحتم على الشخص الثالث أخذ ما دفع من عوض فقط ، كما يأخذ ما دفع أيضًا في الوفاء بالدين .

والتنازل عن الدين يتم بإشهاد شرعي وببينة شرعية بشروط ستأتي . والدفع يتم بمجرد الأداء ، وفي التنازل يجب اختيار المتعاقدين ككل العقود ؛ لأنه عقد بيع . وفي دفع الدين من ثالث قد يجبر عليه متى بلغ الأجل والمحل ، وكان حسب مواصفات عقد الالتزام .

## دفع الدين من ثالث :

قد يكون دفع الدين من ثالث من غير علم المدين بأن كان ذلك من الشخص الثالث ، وهو جائز بشرط أن يكون ذلك رفقًا بالمدين لا إضرارًا به ، فلا يجوز حينئذ ؛ ويرد ما أداه عنه عنتًا .

وليس للدائن الامتناع عن قبول الدفع حسب التفصيل السابق فيمن يملك الأداء متى كان الأداء جائزًا شرعًا (1) .

---

(1) تناولت المادة 323 من القانون المدني المصري موضوع وفاء غير المدين بالدين ونصها :

1 - يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء . وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة 208 .

2 - ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

وهو ما تناولته المادة 317 من التقنين الأردني ، والمادة 391 من التقنين الكويتي ، والمادة 375 من التقنين العراقي .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 196 من مرشد الحيران على أنه « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل إن كان له كفيل أو من شريكه إذا كان الدين مشتركا » . ونصت المادة 197 على أنه « يجوز وفاء الدين المطلوب من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 97 ) .

وقد تناولت المادة 327 مدني مصري والمادة 317 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين « أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » .

وهو ما جاء في المادتين 380 عراقي و 395 كويتي .

وقد يتفق الدائن مع الشخص الثالث على أن يبيعه الدين بثمن معين بينهما فهذا يسمّى بيع الدين وفيه التفصيل الآتي :

**أولًا** : يمنع شراء دين من ربه عنتًا بالمدين ويرد . فإن فات الثمن بيد بائعه رد مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ودفعه للمشتري عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

**ثانيًا** : يمنع بيع الدين بالدين بفسخ ما في الذمة في مؤخر من غير جنسه ، أو في أكثر في الذمة أو في معين يتأخر قبضه [1] .

ويمنع بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريم بدين في ذمة رجل ثالث [2] ، ويمنع ابتداء الدين بالدين كتأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام ، والشرط في السلم تعجيله .

**ثالثًا** : لا يجوز بيع دين الميت ولا دين الغائب ولا دين حاضر لم يقر به لما في ذلك من بيع ما فيه نزاع وخصومة [3] .

ويجوز بيع الدين بالشروط الآتية :

( 1 ) حضور المدين . ( 2 ) وأن يكون المدين حيًا .

( 3 ) وأن يكون المدين مقرًا بالدين .

( 4 ) وكون المدين ممن تناله يد القضاء وتأخذه الأحكام .

( 5 ) كون الثمن من غير جنس الدين أو بجنسه من غير العين .

( 6 ) واتحدا قدرا وصفة .

( 7 ) وليس الدين ذهبًا بيع بفضة وعكسه .

---

(1) هذا هو النوع الأول من أنواع بيع الدين بمثله ، وهو « فسخ ما في الذمة من مؤخر من غير جنسه أو في أكثر ، ولو معينا » الشرح الصغير ( 34/3 ) .

(2) النوع الثاني ( بيع الدين بدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريمك بدين في ذمة رجل ثالث ) الشرح الصغير ( 35/3 ) .

(3) لا يصح بيع دين ميت ؛ لأنه من بيع ما فيه خصومة ، ولا دين غائب ، ولو قربت غيبته ، ولا دين حاضر لم يقرّ به . الشرح الصغير ( 35/3 ) ، وما بعدها .

( 8 ) وألا يكون طعام معاوضة .

( 9 ) وألا يكون بين المشتري والمدين عداوة [1] .

فمتى توفرت هذه الشروط صح بيع الدين بثمن حال أو بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع معين سواء أكان المعين عقارًا أم غيره [2] .

---

(1) يقول الدردير : « وشرط صحة بيع الدين : حضور المدين وذلك يستلزم حياته وإقراره به ، وتعجل الثمن ، وكونه من غير جنسه أو بجنسه ، أو اتحدا قدر أو صفة وليس ذهبا بفضة ، وعكسه ولا طعام معاوضة ولا دين ميت .... » ، الشرح الصغير جـ 3 ص 35 ، جـ 4 ص 368 ، 369 من مواهب الجليل للحطاب ، والتاج والإكليل للمواق جـ 4 ص 267 ، 268 .

(2) تناولت المادة 303 من القانون المدني المصري والمادة 291 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع حوالة الحق .

وهو ما تناولته المادة 362 من التقنين العراقي . والمادة 364 من التقنين الكويتي .

وتقضي هذه المواد بأنه إذا كانت الحوالة بعوض ، فيشترط فيها أن يعجل هذا العوض . وهذا الشرط مأخوذ من مذهب الإمام مالك . حيث يجب أن يعجل الثمن . وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز . فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين ( الشرح الكبير جـ 4 ص 165 ) .

وإذا كان العوض من جنس الحق المحال به فيشترط لذلك أن يكون العوض مساويا للحق . فإذا اشترى المشتري الدين بثمن من جنسه أقل من قيمته ، كان سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

والمذهب المالكي ، دون المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفي والشافعي والحنبلي ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير المدين ، وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين إلي غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي إلى جانب ذلك شروطا أخرى هي :

1 – ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز .

2 – ألا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع .

3 – ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

4 – أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز .

5 – ألا يكون المشتري خصما للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للإمام مالك جـ 9 ص 128 – 130 . التاودي على التحفة جـ 2 ص 47 . السنهوري ، الوسيط جـ 3 فقرة 240 ص 434 و 435 .

وانظر المادة 66 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ( الشرح الصغير وحاشيته 37/3 ، مواهب الجليل 368/4 ) .

ومن اشترى دينًا أو وهب له ، وكان الدين برهن أو حميل ( ضامن ) لم يدخل في الدين المبيع [1] ( أي في البيع ) الرهن أو الحميل إلا بشرط دخولهما وحضور الحميل وإقراره بالحمالة .

بخلاف من ورث دينًا برهن أو حميل ؛ فإنه يكون له به ، وإن لم يشترط ذلك .

فإن كان الدين محررًا في صك اعترف فيه المدين بالدين ، وقبل تحويل هذا الصك لمن يشاءُ الدائنُ ، وضمن ذلك زيد من الناس ، فهو بلا شك ضَمِنَ سداد الدين على هذه الصفة التي قبلها المدين ، وهو جواز التحويل للغير . فحينئذ إذا تنازل الدائن عن هذا الدين لثالث بطريق البيع أو بطريق الحوالة مع الاعتراف بالقبض فينتقل الدين للثالث بماله وما عليه بضمانه ورهنه [2] إلخ ؛ لأن المدين قابل في الصك صراحة وكذلك الضامن ، فلا داعي لحضورهم وقبولهم ؛ لأن في هذا نقضًا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين وإعطاء حق للمدين لم يكن له في التعاقد ، وكذا للضامن [3] .

وقد يأتي المدين بشخص يؤدي ما التزم به بدله على أن يحل محل دائنه فهذا جائز بلا نزاع . وليس للدائن الامتناع عن الاقتضاء ما دام ذلك كان من قرض أو دين أو ثمن مبيع أو كان من سلم وبلغ المحل وجاء الأجل . ويتبع في ذلك ما تم عليه الاتفاق بين المدين والشخص الثالث الدافع للدين ، ويكون ذلك ابتداء مديونية بين الشخص الثالث وبين هذا المدين . ولا علاقة للدائن بأي شيء بينهما ، ولا يشترط تسجيل ولا غيره إلا إذا كان الدين الأصلي مسجلًا يعني عليه إشهاد ،

---

= ( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 92 ) .

(1) في ( ص ) : [ المباع ] .

(2) قاعدة : إذا تنازل الدائن عن الدين لثالث بطريق البيع أو الحوالة مع القبض فينقل الدين له وعليه ضمانه ورهنه .

(3) يقول ابن عسكر : « الحوالة تحويل الحق إلى ذمة تبرأ بها الأولى بشرط رضاهما ورضي المحال عليه ، إلا أن يكون لاحق له عليه . ولا رجوع للمحال لتعذر الاستيفاء إلا أن يغره لا إن علم فقره فرضى به ، ويشترط حلول المحال به وكونهما من جنس ولا بحال على غائب لا يعلم حاله ولا على ميت » . إرشاد السالك ص 97 ، وراجع باقي تفصيلاتها في مواهب الجليل جـ 5 ص 90 وما بعدها ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 299 وما بعدها .

فتسديده يكون بإشهاد أيضًا [1] .

وأما الحلول بموجب القانون ففي ذلك التفصيل الآتي :

إذا كان لشخص دائنان أحدهما سابق على الآخر في الاحتفاظ بالعين المرهونة نظير دينه فيحق للدائن الأول المرتهن الانفراد بالرهن في بيعه واستيفاء حقه منه قَبْل الدائنين الآخرين ، فلو فرض أن الدائن الثاني قبل رهن العين المرهونة للأول فيما زاد على دينه ، وجاء الدائن الأول يريد بيع الرهن ليستوفي منه نصيبه فخشي الدائن الثاني ألا يبقى له شيء من الرهن فدفع دين الأول فتصير العين المرهونة خالصة للثاني متى كان المدين قابلًا تحويل الرهن . وأما إذا لم تكن مرهونة للثاني فيما زاد على دين الأول ، ولم يكن المدين قد قبل تحويل الدين وما يتبعه من الرهن فلا ينتقل حق الرهن للدائن الثاني ، فلا خروج في هذا على القاعدة العامة وهو أن الرهن أو الضمان لا ينتقلان مع الدين إلا برضا واختيار الضامن أو الراهن [2] .

وإذا اشترى شخص عقارًا ، ودفع الثمن من يده لراهن العقار فيحل المشتري محل الراهن ؛ لكن لا كراهن بل كمالك للعقار ؛ لأن قيمة الرهن هو الثمن الذي دفعه فتبرأ ذمته من الثمن قبل البائع .

وإذا تعدد المدينون أو كانوا ضمَّانًا فدفع أحدهم الدين عن الآخرين فيحل محل الدائن ، فإن كانوا ضمَّانًا رجع على المدين ، وإن كانوا ضمانًا متضامنين رجع على من لقيه منهم بغير ما أدى من دينه وساواه فيما أداه عن الباقين . وإن كانوا مدينين

---

(1) تقضي المادة 315 من القانون المدني المصري والمادة 304 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، بانعقاد حوالة الدين باتفاق المدين وشخص آخر على أن يتحمل عنه الدين .

وهو ما قضت به المادة 1/339 من التقنين العراقي التي تنص على أن « حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال إليه » .

وكذا المادة 993 من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

وهو ما جاء في المادة 1/377 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 94 ) .

(2) قاعدة : الرهن أو الضمان لا ينتقلان مع الدين إلا برضا واختيار الضامن أو الراهن .

رجع على كل بنصيبه إلا إذا كان بينهم تضامن ، فكذلك إذا دفع الوارث دينًا على أن التركة تحتمله معتقدًا أن التركة تفي بديونها ، ثم تبين أنه لا فصل فيها يسع هذا الدين الذي أداه فقد أدى ما لم يجب عليه معتقدًا أنه سيأخذه من التركة . وبما أنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المورث فلمن أدى الدين الرجوع على الدائن بما أداه لعدم الوجوب أولًا ؛ ولأنه أدى ليرجع وما دام الدين قد استغرق كل التركة فيجب على آخذ الدين مشاركة بقية الدائنين بنصيب الدين في التركة .

## نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع :

**قاعدة عامة** : الحلول في الدفع لا يمنح الحالّ كلّ الحقوق التي كانت للدائن إلا إذا قبل ذلك الراهن أو الضامن [1] .

فلا يمكن للحالّ العمل ضد المدينين بالتضامن ولا ضد الضامن كما كان يعمل الدائن الأصلي إلا إذا قبل الضامنون في صك الدين تحويل ذلك .

ويرث الامتيازات والرهون من الدائن الأصلي بغير قبول الراهن .

ويمكنه استعمال صك الدين التنفيذي المتعلق بالدين الأصلي متى تنازل عنه الدائن شرعًا . ولو أبرأ الدائن ذمة مدينه من بعض دينه فليس للحال مطالبة المدين بالدين كله ؛ بل يطالب بما بقي ، ولو صالح رب الدين الحال على مبلغ أقل من الدين فلا يرجع الحال على المدين إلا بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به .

### بند [ 167 ] خصم التسديد

**القانون الفرنسي** : هو تحديد الدين المسدد بدفع مبلغ لا يفي لسداد جميع مطلوب شخص من آخر ، وقاعدة الخصم الاتفاقية هي أنه للمدين عند سداد دين من ديونه إلى دائنه أن يعلن عنه ذاتيًا مثلًا ( دفع مبلغ 100 جنيه قال : إنها سداد لمبلغ الرهن عن العين الفلانية ) .

لكن إذا كانت مصلحة الدائن تتعارض مع هذا الإعلان فإن الدفع لا يكون إلا

---

(1) قاعدة : الحلول في الدفع لا يمنح الحال كل الحقوق التي كانت للدائن إلا إذا قبل ذلك الراهن أو الضامن .

برضا الدائن ، والدفع يكون من الأصل والفوائد . ومع ذلك لو احتسبها الدائن في دين مماثل فلا حق للمدين في احتسابها في دين آخر ، فإن لم يكن بينهما اتفاق فالاحتساب القانوني تُتَّبع فيه القواعد الآتية :

يحتسب الدفع أولًا من الدين الذي حل أجله ، فإن تعدد الدين المذكور احتسب في الأنفع للمدين الذي يدفع فائدة أكثر ، فإن استوى الدين في المنفعة احتسب من الأسبق من الديون ، فإذا كانت جميع الديون متفقة في جميع المميزات احتسب بنسبتها [1] .

## بند [ 168 ]

### التشريع الإسلامي

**خصم التسديد** : هو أن يكون لشخص دينان على آخر ، أحدهما برهن أو بحميل ( ضامن ) أو أحد الدينين أصالة ، والثاني حمالة فيدفع المدين مبلغًا لا يفي بالدينين .

فللمدين الحق عند دفع أي مبلغ من ديونه أن يبين لدائنه الدين الذي يخصم منه ، فإن بيَّن المدين واتفق مع الدائن فبها ، وإلا فإن اختلفا بأي الدينين يبدأ وَزِّع المقبوض على قدر الدينين بلا حلف [2] ، ولو قال المدين : لقد نويت وقت السداد أن يكون المسدد من دين كذا ، ولم يوافقه الدائن وزع كذلك بين الدينين أو الديون بالنسبة بينهما أو بينها .

وإن اختلفا بعد الدفع فقال المدين : لقد بينت لك أن الخصْم عند دفعي مبلغ كذا يكون من الدين الفلاني مثلًا الذي برهن . وقال الدائن : بل قلت عن

---

(1) انظر : البنود من 1253 إلى 1256 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 281 ، 282 .

(2) تناولت المادتان 344 ، 345 من القانون المدني المصري والمادتان 334 ، 335 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع وفاء المدين بما لا يفي بديونه المتعددة ، والحكم بأن المدين هو الذي يحدد الدين الذي وفى به من هذه الديون المتعددة . فإذا لم يعين يكون الاستنزال من الديون الحالة لا المؤجلة ، فإذا تعددت الديون الحالة كان الاستنزال من حساب الديون الأثقل في كلفتها على المدين .

وهو ما تناولته المادتان 332 ، 333 أردني ، والمادتان 408 ، 409 كويتي والمادة 393 عراقي . ويقترب من ذلك ما جاء في المادة 1775 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 216 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 102 ) .

الدين الذي بلا رهن حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وصحة وصدق دعواه . فإن حلفا أو نكلا وزع المقبوض على الدينين بالنسبة . ويُقضَى للحالف على الناكل سواء حل الدينان أو أحدهما أو لم يحلا ، اتحد أجلهما أو اختلف تقارب أو تباعد ، وقال بعض علماء المذهب ( الإمام اللخمي [1] ) : إن محل توزيع المقبوض على الدينين إن كانا حالين أو مؤجلين واتفق أجلهما أو تقارب . وأما إن كانا مؤجلين ، وأجلهما متباعد ، فالقول قول مدعي الأجل القريب وكذا إذا حل أحدهما فالقول لمدعيه . والظاهر أن واضعي القانون الوضعي أخذوا هذا القول من المذهب [2] .

## بند [ 169 ] عرض الدفع والاستيداع

**القانون الفرنسي** : هذه طريقة خاصة تمكن المدين من إبراء ذمته من المديونية بالرغم من سوء نية دائنه ، وذلك بعرض ما التزم به في مكان محدد وإعلان المدين بتسلمه ، وهذا هو تنبيه الدائن بتسلم حقه .

شروط صحة العرض هي شروط صحة الدفع ( المادة 1258 ) وطريقة العرض والإيداع هي :

**أولًا** : في مبلغ من المال : يجب أن يكون العرض بواسطة محضر أو مسجل العقود يحمل المبلغ معه إلى محل الدائن ، فإن قبله أعطى مخالصة ، وإن لم يقبله أُودِع في إحدى خزائن الحكومة .

**ثانيًا** : في شيء له جنس أو نوع ، يعلن بالحضور للتسلم في محل محدد ، وكذا في شيء معين .

ونتيجة العرض والإيداع براءة ذمة المدين من الالتزام وأن الشيء المؤدى والمودع لو هلك يكون على حساب الدائن ، وتقف الفائدة من وقت الإيداع .

---

(1) اللخمي : هو أبو الحسن على محمد المعروف تفقه بابن محرز ذو السيوري وابن بنت خلدون وبه تفقه جماعة منهم الإمام المازرى وأبو الفضل وغيرهم ، له تعليق على المدونة مسماه التبصرة ، توفي سنة 478 هـ – انظر : الديباج المذهب 203 شجرة النور 117 .

(2) راجع في ذلك : الشرح الصغير جـ 3 ص 35 وما بعدها ، مواهب الجليل جـ 4 ص 368 ، 369 ، والتاج والإكليل جـ 4 ص 367 وما بعدها .

وتكون نتيجة العرض والإيداع معمولا بها من وقت عرض الدائن ما عليه أو من وقت حكم المحكمة النهائي بأن الدفع صحيح . إلى هذه اللحظة يمكن المدين سحب ما أودعه ، ويبقى الشركاء في الدين والضمان على حالهم من مديونية وضمان . وبعد ذلك ليس للمدين سحب ما أودع حتى ولو برضى الدائن ، فإن أذن الدائن للمدين بقبض ما أودع صار دينًا بدون ضمان أي شيء سابق [1] .

## بند [ 170 ] عرض الدفع

**التشريع الإسلامي** : قد يهمل الدائن في استيفاء حقه ، وقد يتعنت في استيفائه أيضًا ، فللمدين الحق في أن يلجأ للقاضي ليجبر الدائن على أخذ حقه متى كان يجوز ذلك كما سبق .

فإن تسلمه فقد تم الوفاء بالتزام المدين وبرئت ذمته . فإن كان غائبًا أو رفض التسلم فللمدين إحضار التزامه للقاضي - إذا أمكن إحضاره - والقاضي ينظر المصلحة إن شاء دفعه عند أمين ، وإن شاء دفعه في خزانة الدولة العامة حتى يتسلمه صاحبه ، وإن شاء تركه عند الملتزم نفسه كأمانة ، وبذلك تبرأ ذمة الملتزم من الالتزام .

فإن أحضر المدين ما التزم به للملتزم له أو دعاه لأخذه ، ولم يحضر للتسلم أو قال : دعه عندك أو ما في معناه ، ثم هلك ما التزم به فضمانه من رب الدين ؛ لأن مادة الالتزام أصبحت كوديعة وأمانة بيد الملتزم ، ولا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى [2] حتى قد نص على أنه إذا عرض المدين الدين لربه ، وكان واجب القبول ، وتلف قبل تمكنه من جبره على قبوله فإن ضمانه يكون من رب الدين .

وبما أن الحاكم قد نظم طرق التقاضي وطرق العرض والإيداع ، فهي كفيلة متى تمت طبقًا للنظم المقررة لإبراء ذمة الملتزم ، وهي طرق شرعية صحيحة في العرض

---

(1) انظر : البنود من 1257 إلى 1264 ، في الفصل الأول من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 282 : 285 .

(2) قاعدة : لا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى .

والإيداع متى كان مبلغًا من المال [1] .

فإن كان عينًا أو ذاتًا – ولو مثليًا – فيكفي إشهاد الملتزم إشهادًا قانونيًا كإنذار من عمال القاضي المفوض لهم ذلك – وهم المحضرون – بدعوته للتسلم وتحديد يوم لذلك . فإن حضر فبها وإلا فلا مسئولية على الملتزم فيما التزم فإن هلك وكان مقومًا فليس له القيمة إذا تعدى الملتزم ، وإن كان مثليًا فكذلك .

ونتيجة العرض والإيداع براءة ذمة المدين من الالتزام وضمانه من الملتزم له ، وتستمر المديونية والضمان على المدين إلى وقت العرض ، وبعد العرض تبرأ ذمته فليس له قبض ما عرض وأودع ، ولو قبضه بإذن الدائن بعد ذلك فهو أمانة ، ولا ضمان على الأمين إلا إذا تعدى [2] .

---

(1) يقول الدردير : وللغريم أخذ عين ماله الذي باعه المفلس قبل فلسه عرضا أو مثليا أو حيوانًا المحوز عنه أي عن الغريم في الفلس . الشرح الصغير جـ 3 ص 148 ، 149 ، وإرشاد السالك ص 96 ، 97 .

(2) تناولت المادة 334 من القانون المدني المصري والمادة : 324 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع امتناع الدائن عن القيام بالأعمال اللازمة لتمكين المدين من الوفاء بالدين ، كتسلمه وأخذه ، وحق المدين عندئذ في عرض الوفاء عليه عرضًا صحيحًا ، وهذه مرحلة إعذار المدين التي يترتب عليها تحمل الدائن تبعة هلاك الشيء الموفي به ، وحق المدين في المطالبة بإيداع هذا الشيء على نفقة الدائن ، مع التعويض عما يصيب المدين من ضرر ، طبقًا لما جاء في المادة 335 مدني مصري ، وهو ما تتناوله المادة 385 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 – إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا أو إذا رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو إذا أعلن أنه لن يقبل الوفاء فيجوز للمدين أن ينذر الدائن بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبة يحددها في الإنذار .

2 – ولا يتم إعذار الدائن إلا إذا أودع المدين الشيء على ذمة الدائن بعد انقضاء هذه المدة وإنذره بهذا الإيداع .

وهو ما تناولته كذلك المادة 322 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، أعذر إليه المدين بإعلان وحدد له مدة مناسبة يقوم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه .

ويتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 401 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « إذا رفض الدائن بغير مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه يرفض الوفاء ، كان للمدين أن ينذره مسجلا عليه هذا الرفض » .

أما في الفقه الإسلامي فلم يرد هذا التنظيم المفصل لرفض الدائن قبول الوفاء ، ولكن ورد في مرشد الحيران في =

## بند [ 171 ] ترك المدين أملاكه لدائنه

**القانون الفرنسي** : وهو أن يترك المدين أملاكه لمداينيه حينما يجد أنها مستغرقة بالدين ، وهو اتفاقي وقضائي ، وكلاهما لا يبرئ ذمة المدين إلا بقدر ثمن أملاكه المسددة من الدين [1] .

## بند [ 172 ] ترك المدين أملاكه لدائنه

**التشريع الإسلامي** : يجوز للمدين ترك أملاكه لدائنيه متى رأى ذلك من مصلحته . فإن دفع المدين أملاكه لدائنيه اختيارًا [2] ، ولم يتهم بإخفاء شيء فلا يجوز الحكم بإفلاسه ؛ لأن شرط الحكم بالإفلاس أن يكون المدين ملدا مماطلًا في أداء ما عليه ، فلو طلب دائنوه الحكم بذلك بعد تسليم أملاكه إليهم فلا يجابون لذلك ، ومتى كان لا يحكم بإفلاسه بالمعنى الأخص فتبقى ذمته مشغولة بما بقي من ديونه غير مسدد بعد بيع أملاكه وعدم الوفاء بكل الدين ، وهذا الترك يكون اتفاقيًا لا قضائيًا ؛ لأن الحكم بنزع ملك المفلس ليس معناه ترك أملاك المدين لدائنيه ؛ بل معناه غلُّ يده عن التصرف وبيع أملاكه بمعرفة القاضي وتقسيم الثمن على المداينين بنسبة ديونهم ، فلا تصرف للدائنين بعد الحكم بالإفلاس ، وإنما التصرف للحاكم فيها بخلاف ترك أملاكه اختيارًا للدائنين ، اللّهم إذا اشترط على دائنيه أن أملاكه نظير ديونهم قلت أو كثرت ؛

---

= المادة 209 ما يحق للمدين أن يفعله إذا رفض الدائن قبول الوفاء بالدين .

ونص هذه المادة « إذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بقبضه » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 99 ) .

(1) انظر : البنود من 1265 إلى 1270 في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 285 ، 286 .

(2) تقدمت الإشارة إلى المواد القانونية المتعلقة بشروط الحكم بإفلاس المدين ، وحق الدائنين في الحجر عليه بمنعه من التصرفات الضارة بهم . وهذا هو ما جاءت به المواد 237 وما بعدها مصري ، 263 وما بعدها عراقي ، 370 وما بعدها أردني ، 310 وما بعدها كويتي . ويتفق مع القواعد العامة للإفلاس في الفقه أن المدين الذي يدفع أمواله للدائنين يمتنع عليهم المطالبة بإفلاسه وغل يده عن التصرف في أمواله لأنه قد تطوع بدفعها إليهم .

وبذلك تبرأ ذمته من كل حق لهم [1] .

## بند [ 173 ] التجديد

**القانون الفرنسي** : يتكون التجديد من تلاشي التزام قديم مع حلول التزام آخر جديد بدله ، وشروط وجود التجديد هي :

**أولًا** : تلاشي الالتزامات القديمة ووجود التزامات جديدة ، إحداهما تتلاشى بسبب الأخرى ، فينتج عن هذه الأصول ما يأتي :

1 - لا يوجد تجديد إذا كانت الالتزامات القديمة غير موجودة أو كانت قابلة للإلغاء ، ومع ذلك فلو كانت الالتزامات طبيعية صح كونها سببًا للتجديد أو للدفع .

2 - إذا كانت الالتزامات القديمة مقيدة بشروط فيوجد التجديد كذلك مقيدًا بشروط إلا إذا أراد الطرفان استبدال التزام غير ثابت بالتزام ثابت صح ذلك حسب نيتهما وقصدهما .

3 - لا يوجد التجديد متى كانت الالتزامات الجديدة موجودة تبعًا للالتزامات القديمة غير مستقلة عنها .

4 - لا يوجد تجديد إذا كانت الالتزامات الجديدة غير موجودة .

**ثانيًا** : يجب نية التجديد ، فلا يشترط أن يكون التجديد صراحة ولا ضمنًا ؛ بل يكفي نية الطرفين التي للمحكمة تقديرها .

**ثالثًا** : يجب وجود عامل جديد - يعني تغيير أساس قديم بجديد - سواء كان في تغيير مادة الالتزام أو في طبيعة الالتزام أو في شخص المدين أو في شخص الدائن .

ويشترط لصحة التجديد أن يكون الطرفان أهلًا للتعاقد ، فالمدين يكون أهلًا للالتزام ، والدائن يكون أهلًا لتنظيم دينه كما يشاء .

---

(1) يقول الدردير : « ومنعه من إعطاء كل ما بيده من المال لبعض من الغرماء دون بعض أو إعطاء بعضه قبل حلول الأجل وكذا بعده إن كان الباقي لا يصلح للمعاملة » . الشرح الصغير جـ 3 ص 138 ، بداية المجتهد جـ 2 ص 285 .

## نتائج التجديد :

التجديد ينتج نتائج مضاعفة : محو الالتزام السابق ، وإيجاد التزام آخر لاحق فالدين القديم يمحى أثره ، ويترتب على ذلك :

1 - الامتياز والرهن اللذان كانا ضامنين الدين القديم سقطا .

2 - التجديد بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يخلي بقية المدينين من المسئولية .

3 - التجديد بين الدائن ومدينه يخلي الضامن من الضمان .

ومع ذلك فيجوز للطرفين الاحتفاظُ بالضمان القديم في الالتزامات الجديدة بالشروط الآتية :

**أولًا** : إذا قبل المدينون التضامن والضامن والضمان فيصح للدائن والمدين اشتراط ذلك في التجديد بشرط توقيعهم على هذا الرضا صراحة .

**ثانيًا** : الامتياز والرهن لا ينتقلان في التجديد ، ولكن إذا قبل مالك العقار ذلك صح [1] .

### بند [ 174 ] التجديد

**التشريع الإسلامي** : التجديد هو فسخ عقد التزام بما وجب أداؤه في عقد التزام آخر حل محل الأول أو فسخ ما في الذمة في مؤخر [2] ، وفي التجديد ما يأتي :

---

(1) انظر : البنود من 1271 إلى 1281 ، في الفصل الثاني ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 286 : 288 .

(2) تناولت المادة 352 وما بعدها من القانون المدني المصري والمادة 342 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع تجديد الدين الذي يعني استبدال دين جديد بدين قديم فيكون سببًا في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد .

وقد أصبح التجديد بهذا المعنى نظامًا قانونيًا محدود الأهمية ، خلافا لما كان عليه الأمر في القانون الروماني ؛ إذ يغني الآن عن التجديد بتغيير الدين الوفاء بمقابل ، كما تغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، كما تغني حوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن .

راجع السنهوري في الوسيط 813/3 وما بعدها وقد جرت التقنينات اللاتينية على إفراد مكان للتجديد في نصوصها تأثرا بالقانون الروماني الذي كان يجهل الحوالة بنوعيها فاستعاض عنها بالتجديد ، على حين أهملت التقنينات الجرمانية موضوع التجديد ، ولم تفرد له حيزا في نصوصها . وقد كان الأجدر بالتشريعات العربية المتأثرة بمعرفة الفقه الإسلامي للحوالة أن تتجاهل التجديد . وهو ما سار عليه القانون الأردني ، والعراقي . فيما تناولته المادتان 401 و 402 من التقنين العراقي ، والمادة 416 من التقنين الكويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 103 ) .

**أولًا** : يجب شغل الذمة أولًا بشيءٍ واجب الأداء ولو لأجل .

**ثانيًا** : يكون الالتزام المجدد مخالفًا للالتزام القديم ؛ وإلا كان تأخيرًا للاقتضاء ، ولا كلام في جوازه .

**ثالثًا** : التجديد يقتضي عقدًا آخر فيجب استيفاء الطرفين شروط التعاقد [1] ، فمتى وجدت هذه الشروط قيل : إنه يوجد التجديد ، وحينئذ يكون حكمه الشرعي كالآتي :

**أولًا** : التجديد ، وهو فسخ ما في الذمة في مؤخر يتأخر قبضه لا يجوز ؛ لأنه بيع دين بدين [2] ، وهو منهي عنه بنص الحديث الشريف : ( إن رسول الله ﷺ نهى عن الكالئ بالكالئ ) [3] لهذا أجمعوا على أن بيع الدين بالدين ممنوع ، فلا يجوز أن يكون لك دين في ذمة شخص فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله [4] .

قال الإمام مالك : من لك عليه دين حال أو إلى أجل فلا تكتري منه داره سنة أو أرضه التي رويت أو دابته شهرا أو تستعمله هو به عملًا يتأخر ، ولا تبتع به ثمرة حاضرة في رءوس النخل قد أزهت أو أرطبت أو زرعًا قد أفرك لاستئخارهما ، ولو استجدت الثمرة أو استحصد الزرع ولا تأخير لهما جاز ، ولا تبتع به منه سلعة بخيار أو سلعة غائبة على صفة أو دارًا غائبة على صفة .

**ثانيًا** : التجديد ، وهو فسخ ما في الذمة في شيء لا يتأخر قبضه يجوز ، كمن فسخ دينه المؤجل مثلًا في شراء بيت حاضر تسلمه وقت الفسخ وتأخير اليوم لا يضر . ويجوز فسخ الدين في خدمة معين اليوم ونحوه ، فإذا كان لزيد دين عند

---

(1) تناولت المادة 356 مدني مصري والمادة 346 ما يترتب على التجديد من انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه ونشوء التزام جديد مكانه ، مما يقتضي الاتفاق عليه من تصح عبارتهما وتصلح لترتيب الالتزامات عليها . وقد تناولت الموضوع نفسه المواد 346 مشروع مدني طبقًا للشريعة ، 419 كويتي .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 104 ) .

(2) قاعدة : لا يجوز بيع دين بدين .

(3) حديث : أخرجه ابن الجوزي في « العلل » 111/2 ، والبغوي في شرح السنة 113/8 .

(4) بيع الكالئ بالكالئ من ضمن البيوع الممنوعة للغرر ، وكالىء بكالئ : دين بمثله ، وهو أقسام : فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معينا بتأخر قبضه كغائب ومواضعه أو منافع معين وبيعه بدين ما على غريمك بدين في ذمة ثالث إلخ . الشرح الصغير جـ 3 ص 34 ، 35 ، تنوير الحوالك جـ 2 ص 80 ، 81 .

عمر ، فقال زيد : احرث معي غدًا وأقتطع لك من دينك ، أو اخدم معي غدًا ببعض مالي عندك ؛ فهو جائز على قول مالك والإمام أشهب .

فإن كان فسخ الدين في منافع شيء معين أو في ذات غائبة على الصفة فقد أجازها الإمام أشهب [(1)] قائلًا : إذا كان يجوز بيع الدار الغائبة على الصفة بثمن مؤجل فمن بابٍ أولى يجوز فسخ الدين في ثمنها . فإن كان الفسخ في منافع مضمونة فقال الإمام اللخمي من أئمة المالكية : لا يجوز أن يفسخ ما حل من دينه أو لم يحل في منافع شيء إذا كان ذلك مضمونًا في الذمة وليس حاضرًا . فإن كان ذلك الشيء المفسوخ الدين في منافعه معينًا فمنع ذلك مالك وأبو القاسم حلَّ الأجل أو لم يحل وأجازه الإمام أشهب من أئمة المالكية .

فمن عليه لك دين يجوز أن يخيط لك ثوبًا ببعض الدين وشبه ذلك فإن كثر العمل لم يجز .

ويترتب على التجديد الجائز كما سبق بطلان الامتياز والرهن والضمان للدين الأول ؛ لأن فسخ الدين في شيء آخر قد لاشى الالتزام الأول فبرئت ذمة المدين من ذلك ، ويتبعه الضمان والرهن والامتياز [(2)] إلخ .

فإن اتفق الدائن والمدين والضامن أو الراهن على بقاء التوثق الذي كان للدين الأول معمولًا به في الدين الثاني صح وإلا فلا يبقى له أثر .

---

(1) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم مفتي مصر ، أبو عمرو القيس ، العامري ، يقال : اسمه مسكين ، وأشهب لقب له ،وكان مولده سنة أربعين ومائة .

ويكفيه قول الشافعي فيه : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب ، لولا طيش فيه .

وقيل : كان أشهب على خراج مصر ، وكان صاحب أموال وحشم .

قال ابن يونس : مات لثمان بقين من شعبان سنة أربع ومائتين ، وقال الذهبي : توفي سنة 204 هـ .

ترجمته : الذهبي في « الكاشف » 84/1 ، الذهبي في « سير أعلام النبلاء » 323/8 ، العبر 345/1 .

(2) انتهى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مقابلة بين التجديد والحوالة أن الحق في الحوالة لا يقضي ، بل ينتقل بمقوماته وصفاته ودفوعه وتأميناته من دائن قديم إلى دائن جديد . أما التجديد بتغيير الدائن فيترتب عليه انقضاء الحق الأصلي بمقوماته ودفوعه وتأميناته كي يحل محله حق جديد بمقومات وصفات وتأمينات أخرى . انظر الوسيط : 844/3 .

## بند [ 175 ] نظرية النيابة

**القانون الفرنسي** : هي عملية بها يكلِّف شخص ( منيب ) شخصًا آخر يسمى ( منابا ) بالالتزام بدله ، ومكانه لشخص ثالث يدعى ( ممثلًا عنه ) .

والنيابة قسمان تامة وغير تامة . فالنيابة التامة هي ما برئت ذمة المنيب قبل الممثل عنه بسبب تعهد المناب ، ولا بد من النص على الإنابة ، ولا يفرض وجودها القانون .

### نتائج الإنابة التامة :

ينتج عنها محو دينين : دين الشخص الأول نحو الشخص الثالث ، ودين الشخص الثاني نحو الشخص الأول ؛ فيحصل تجديدان : التجديد الأول تغير المدين بالنسبة للشخص الثالث الذي يكون مدينه من الآن الشخص الثاني مكان الأول ، والتجديد الثاني يكون بتغير الدائن بالنسبة للشخص الثاني الذي له كدائن الشخص الثالث مكان الأول .

ومع ذلك فيبقى الشخص الأول مسئولًا حينما يكون الشخص الثاني محاطًا بالديون التي تجاوز ماليته في حالتين :

1 - متى لم يقبل الدائن الإنابة إلا بهذا التحفظ .

2 - متى كان الشخص الثاني في حالة إفلاس أو عدم قدرة على الدفع في وقت الإنابة .

### الإنابة الناقصة :

تكون متى كان الشخص الأول ( المدين ) بقي مسئولًا قبل الشخص الثالث بجوار الثاني ، ويتبع ذلك أن الدائن أضاف ذمة أخرى مسئولة قبله مع مدينه الأصلي ، ويمكنه رفع دعوى عليهما .

ويمكن استعمال الإنابة في الهبة وفي عقد القرض [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1271 إلى 1281 ، في الفصل الثاني ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني . الفرنساوي الجزء الأول ص 286 : 288 .

## بند [ 176 ] الإنابة

**التشريع الإسلامي** : هي نوع من فسخ الدين في الدين ؛ لأنها تتحقق حسب تعريف القانون الوضعي في أن زيدًا مدين لعمر . فيقول زيد لأحمد : التزم بدلي بديني الذي لعمر ؛ فيلتزم أحمد لعمر بدلا عن زيد ، فيقبل عمر هذا الحلول من أحمد بدل زيد مدينه ، وليس هذا بممنوع؛ لأن المدين تغير فقط ولم يتعرض أحد للدين لا في القدر ولا في الصفة ولا في الأجل ، وقد أخلى الدائن ذمة مدينه ، ورضي بشغل ذمة من أحضره مدينه ، ولا يقال هذا من قبيل الضمان مع إخلاء سبيل المدين ؛ لأن شرط الضمان بقاء ذمة المدين مشغولة حتى إذا برئت ذمة الضامن ، ويجوز العكس وهو إخلاء ذمة الضامن مع بقاء ذمة المدين مشغولة (1) .

فإن شَغَلَ ذمة الحالّ مع ذمة المدين الأصلي فيعتبر هذا ضمانا لأنه ضم ذمة إلى ذمة في التوثق بدينه أو يعتبر الشخص الثاني مدينا أصليا بقبوله أن يحل محل المدين الأول فيكون للدائن مدينان أصليان فله مطالبة أيهما شاء .

ولابد من النص صراحة على قبول الشخص الثاني تحمُّلَ دين الأول وحلولَه محله في التزامه .

فإن قبل دائن الشخص الأول فسخَ دينه في ذمة الشخص الثاني الذي أحضره الأول ليحل محله ، ولم يشترط بقاء المدين الأول في الالتزام ؛ فليس له حق في مطالبة الشخص الأول بعد قبوله الحلول ، فإن اشترط بقاء الأول في

---

(1) تناولت المادة 359 من القانون المدني المصري والمادة 349 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الإنابة ، وهي اتفاق المدين والدائن على قيام شخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين .
والإنابة تفترض أشخاصا ثلاثة :
1 - المنيب وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين إلى الدائن .
2 - المناب وهو هذا الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي إلى الدائن .
3 - المناب لديه وهو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي لديه ليفي له الدين .
وقد تناولت هذا الموضوع كذلك المادة 405 عراقي والمادة 422 كويتي . انظر عبد الرزاق السنهوري في الوسيط 855/3 وما بعدها .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 105 ) .

الالتزام مع الثاني فالأول مطالب مع الثاني . فإن أفلس أحدهما أو أحاطت به الديون أدى الثاني هذا الالتزام ، فإن استبان إعسار الثاني قبل الحلول أو لدده أو إفلاسه ولم يعلم الدائن بذلك فيكون هذا غشًا من المدين ، وللدائن الرجوع عليه بدينه [1] .

## بند [ 177 ] إسقاط الدين

**القانون الفرنسي** : وهو اتفاق الدائن على ترك دينه بدون مقابل لصالح المدين وإبراء لذمته ، وهو بهذا المعنى هبة حقيقية ، ويلزم فيه ما يلزم في موضوع الهبة من اتفاق الطرفين وأهليتهما للتصرف والتلقي ، ويجوز لدائني المتنازل الاعتراض عليه متى أضر بحقوقهم قِبَلَه .

ويمكن إتمام عقد التنازل على أي وجه حتى بإمضاء عرفي . ومتى تم التنازل فقد برئت ذمة المدين كأنه دفع دينه ، فإن كان معه شركاء في المديونية فقد برئوا أيضًا إلا إذا شرط الدائن عدم إخلائهم صراحة ، فلا يخرج من المسئولية إلا من تنازل عنه .

يوجد حالتان خاصتان لإسقاط الدين :

**الأولى** : إسقاط الدين في حالة الإفلاس ( كونكرداتو ) ، وهو اتفاق بين الدائنين وبين مدينهم بالتنازل عن بعض دينهم نظير قيام المدين بدفع كذا في المائة [2] ، ويترتب على هذا الاتفاق ما يأتي :

1 - هذا الاتفاق يفرض على جميع الدائنين حتى من لم يعط صوته في هذا الاتفاق .

2 - بعد إسقاط بعض الدين في هذا الاتفاق يتولد دين طبيعي بما سقط .

3 - لا يستفيد الضامن من اتفاق ( الكونكرداتو ) كما يستفيد من الإسقاط العادي .

4 - لا يوجد براءة ذمة المدين ، ولكنه عمل مفيد للمدين .

وهذا ناتج عن اعتقاد الدائنين من أن التسهيل على المدين في وضع جزء يقيم المفلس خير من الإجهاز عليه فلا يفيدهم شيئًا .

---

(1) يقول المواق : « الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق » .

التاج والإكليل جـ 5 ص 96 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 6 ص 2 ، 3 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 295 .

(2) في الأصل : [ المَاية ] .

إسقاط الضمان نظير مبلغ معين :

للدائن معافاة ضامن مدينه من ضمانه نظير دفع مبلغ معين ، فيجب احتسابه من أصل الدين المضمون واستنزاله منه ومن ضمان بقية الضامنين إذا كان .

إعطاء سند المديونية إلى المدين اختيارًا معناه إبراء ذمة المدين من الدين . يفرض القانون أن الدائن الذي يعطي سند دينه لمدينه اختيارًا أنه أعفاه من دفع دينه وإبراء ذمته منه . ولأجل أن يكون هذا الغرض القانوني صحيحًا يجب وجود ما يأتي :

1 – يجب أن يسلم السند المثبت للدين وهو نفس سند المديونية الأصلي .

2 – يجب أن يكون تسليم سند الدين إلى المدين أو من يمثله قانونا .

3 – يجب أن يكون التسليم اختياريا من الدائن الذي استعمل كامل حريته ومعرفته ما يترتب على التسليم إلى المدين .

والدليل على التسليم بقيمة الدين إظهار سند المديونية ، وللدائن إثبات أنه لم يسلم اختيارًا أو سلمه للمدين مع غيره .

ونتيجة ذلك أن إعطاء سند الدين يفيد القطع ببراءة ذمة المدين متى كان سند الدين عرفيًا بإمضاء خاص ، فإن كان إشهادًا أو حكمًا فيفيد اليقين غير أن الدائن له الحق في إثبات الضد .

وهذا الفرض القانوني وهو براءة ذمة المدين بعد إعطائه سند المديونية من الدائن اختيارًا محمول على الدفع حقيقة أو محمول على الإبراء بلا مقابل ، فعلى من ادعى أحد الاحتمالين إثباته ، وذلك :

1 – إذا تعدد المدينون وأعطي سند المديونية لواحد منهم بشروطه فليس له الرجوع على بقيتهم إلا إذا أثبت أنه دفع الدين حقيقة وتسلم السند .

2 – إذا أنكر المدين المسلم إليه السند حميل الدائن ، وأراد الدائن الرجوع في التنازل عن دينه فليس له ذلك إلا إذا أثبت أنه تنازل عن الدين بلا مقابل [1] .

---

(1) انظر : البنود من 1282 إلى 1288 ، في الفصل الثالث من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 288 : 290 .

## بند [ 178 ] إسقاط الدين

**التشريع الإسلامي** : إن كل من يملك حقًّا ويمكنه أن يملِّكه - بمعنى أنه يكون أهلًا للتملك والتمليك شرعًا - يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق نظير [1] عوض أو بلا مقابل . فإن كان هذا الحق دينًا فإنه بمجرد التنازل عنه للمدين برئت ذمة المدين من أدائه ، ويتبع براءة ذمة المدين براءة ذمة الضامن [2] .

والتنازل عن الدين بلا مقابل يعتبر من قبيل الهبة ، وتتم بمجرد التنازل ؛ لأن الدين في يد المدين أو ذمته وهو قبض ، وإن كان القبض فيها ليس شرطًا لصحتها كما سيأتي . فإن كان الدائن الذي تنازل عن دينه بلا مقابل ليس محاطًا بالدين ولا صغيرا أو مجنونا أو مبذرًا صح التنازل ولزم ؛ ولا

---

(1) قاعدة : كل من يملك حقا يجوز أن يتنازل عنه بعوض أو بلا مقابل .

(2) تناولت المادة 371 من القانون المدني المصري والمادة 362 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع الإبراء الذي يعني تبرع الدائن بإرادته المنفردة بإسقاط الدين عن المدين ويتميز الإبراء بهذا بأنه تصرف بإرادة منفردة ، وبأنه تصرف بالتبرع .

وهو ما تناولته المادتان 420 و 422 من التقنين العراقي .

فالمادة 420 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين » .

والمادة 422 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 - لا يتوقف الإبراء على قبول المدين ، لكن إذا رده قبل القبول ارتد . وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته .

2 - ويصح إبراء الميت من دينه .

وهو ما جاء في المادتين 444 و 445 من التقنين الأردني .

فالمادة 444 من هذا التقنين تنص على أنه : « إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام » .

والمادة 445 من هذا التقنين تنص على أنه « لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته » .

وتقابل المادة 935 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

1 - ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده .

2 - ويترتب على الرد إعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمنه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 108 ) .

وانظر الوسيط للسنهوري 963/3 وما بعدها .

كلام لأحد فيه [1] .

وإن كان الدائن محاطًا بالدين فلا يجوز له التنازل عن الدين إلا برضاء دائنيه ، فلهم ممانعته منه والتمسك بالدين كجزء من ضمان سداد ديونهم ، ويحكم القاضي لهم بذلك .

وإن كان الدائن صغيرًا أو مجنونًا أو سفيها فالتنازل باطل ، ولا تصح الإجازة من وصيٍّ أو قيم [2] .

ولا يحتاج إسقاط الدين لأي صيغة تستعمل أو أي شكل يتبع ، فيصح ولو أمام شاهدين ، غير أن الدين إذا كان بوثيقة وهي بيد الدائن فهي حجة أصلية بعدم الإبراء من الدين . على أنه يجوز الاستشهاد على الدفع بالإبراء متى كان الإبراء بعد الوثيقة .

وإسقاط الدين يتخصص بالشخص وبجزء فيصح إبراء زيد مما عليه إطلاقًا مثلًا وإبراؤه من بعض ما عليه ، وإبراء زيد فقط من جملة مدينين بدين واحد فيبرئه من حصته ، وأما إذا كان الدين الذي أُبرئ منه زيد هو الذي على عمر وعلى بكر

---

(1) يقول الدردير : « قال ابن عرفة : الصلح انتقال عن حق أو دعوى يعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه وهو على ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة ، وهبة ؛ لأن المصالح به إن كان ذاتا وإن كان منفعة فإجارة ، وإن كان ببعض المدعى به فهبة » .

الشرح الصغير جـ 3 ص 162 ، 163 ، إرشاد السالك ص 96 ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 366 .

(2) تناولت المادة 372 من القانون المدني المصري والمادة 363 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية بعض شروط الإبراء الراجعة إلى ما يتميز به من كونه تبرعًا من الدائن ، ولذا يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع غير محجور عليه لصغر أو سفه أو فلس .

وهو ما تناولته المادة 447 من التقنين الأردني ، والمادة 436 من التقنين الكويتي .

والمادة 421 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهلا للتبرع » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 1541 من المجلة على أنه « لا يصح إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقا » .

ونصت المادة 235 من مرشد الحيران على أنه « يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلا بالغا أهلا للتبرع » .

ونصت المادة 1570 من المجلة على أنه « إذا أبرأ المريض الذي في مرض موته أحد ورثته من دينه فلا يكون صحيحا ونافذا وأما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله » . ونصت المادة 1571 على أنه « إذا أبرأ من تركته مستغرقة بالديون في مرض موته أحد مديونيه فلا يصح إبراؤه ولا ينفذ » .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 109 ) .

وعلى خالد فقد برئت ذمة الجميع . فإن كان الدائنون جماعة والمدينون كذلك فأبرأ أحد الدائنين أحد المدينين أو أسقط نصيب هذا المدين في الدين فلا يسقط عنه إلا نصيب من أسقط فقط ، إلا إذا كان بين الدائنين تضامن في الإسقاط والطلب والإبراء ووكالة بذلك ؛ فتسقط حصة هذا المدين من جميع الدين ولا يطالبه أحد الدائنين بشيء [1] .

وبما أن الالتزام حق شخصي للمتعاقدين ، والمديونية حق شخصي للدائن فلا يصح [2] لأحد أيا كان أن يتصرف في هذا الحق إلا بتوكيل من صاحبه في هذا التصرف . فاتفاق الدائنين إلا واحدًا لا يسري إلا على من اتفق فقط مهما كانت حالة المدين . فعمل الكونكردا لا يقيد إلا من قبله وأمضاه ، فلا يفرض على من لم يعط صوته ، ولا يبرئ ذمة المدين من كامل حقه .

ومتى قبل بعض الدائنين التنازل عن بعض حقهم فليس لهم حق في الرجوع فيه ، وبمجرد تنازلهم سقط هذا الجزء المتنازل عنه وبرئت ذمة المدين منه فلا يتولد منه حق طبيعي كما يقول القانون الوضعي .

وفرق بين التنازل الاختياري عن جزء الدين في اتفاق الدائنين وبين توزيع أموال المفلس بين غرمائه في أن الجزء الساقط بالتنازل لا يعود ، وأما ما بقي من الديون في ذمة المفلس بعد توزيع أمواله وعدم السداد فإنه لا زال مطالبًا بالوفاء به ، ويجب عليه الوفاء به متى أيسر .

فإن كان الدين بضمان وأسقط بعض الدائنين جزءًا من حقهم فإن الضمان لا يسقط عن الضامنين إلا بهذا القدر الساقط فحيث لا مديونية لا ضمان . فإن كان

---

(1) تناولت المادة 289 من المادة 379 من القانون المدني المصري والمادة 277 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ، وبينت هاتان المادتان استمرار انشغال ذمة سائر المدينين بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي تم إبراؤه . وكذا بينت المادة 282 مدني مصري والمادة 270 مشروع مدني طبقًا للشريعة أنه إذا كان الدائنون متضامنين وبرئت ذمة المدين تجاه أحدهم فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بقدر حصة هذا الدائن . ويتفق هذا مع قواعد الفقه الإسلامي ومقرراته ، كما جاء في : البدائع 70/6 وما بعدها والمواد 172 – 176 من مرشد الحيران .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 87 ) .

(2) قاعدة : المديونية حق للدائن فلا يجوز التصرف لأحد فيها إلا بتوكيل من الدائن .

الدين برهن فالرهن باق مادام جزء صغير من الدين المرتهن به ؛ لأن الرهن لا يتجزأ ، وإنما يبقى كله حتى تمام براءة الذمة [1] .

فالضامن في إسقاط ( الكونكردا ) كالضامن العادي سواء بسواء يزول عنه الضمان في المبلغ المتنازل عنه .

وظاهر من التعليل بأن إسقاط بعض دين الدائنين عن المشرف على الإفلاس لإقامته لا للإجهاز عليه أن هذا تنازل مطلق لا تنازل بشرط ، ومتى كان تنازلًا مطلقًا فلا يصح الرجوع فيه ؛ لأن الدائن إما أن يكون له حق فيطالب به ، ويجب على المدين أداؤه ، وإما ألا يكون له حق فلا يطالب بشيء .

ويصح للدائن معافاة ضامن مدينه من الضمان متى كان له الرجوع على أيهما شاء نظير جعل [2] ، فإن لم يكن له الرجوع على أيهما شاء فليس له إلا الصلح معه في الدين المضمون ، فإن دفع شيئًا نظير إخلائه من الضمان وجب احتسابه من أصل الدين المضمون على أن يرجع الضامن على المدين بما أدى ، ويعتبر مستنزلًا هذا الجزء المدفوع من الضامن من جميع الضامنين الباقين والمدينين .

## سند المديونية :

متى تقرر الدين وثبت لا يبطل إلا بالأداء أو الإبراء وإن طال ( حسب التفصيل في ذلك ) إذا كان بوثيقة والطلب بسببها ، فبقاؤها دليل على عدم القبض وعدم الأداء ، فإن كانت الديون بغير عقد ولو وجدت بيد المطلوب ففيها خلاف ، وذلك كوجود الرهن في يد الراهن .

---

(1) تناولت المادة 282 مدني مصري والمادة 270 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية موضوع إبراء أحد الدائنين المتضامنين المدين من حقه ، وبينت هاتان المادتان أن ذمة المدين لا تبرأ إلا بقدر حصة هذا الدائن .

وتفيد المادتان 782 مدني مصري ، 784 مشروع طبقًا للشريعة الإسلامية أن براءة الكفيل من الضمان مرهونة ببراءة المدين من الدين ، فينتهي الضمان كليًا بالوفاء الكلي بالدين ، وينتهي جزئيًا بالوفاء ببعض الدين . وهو ما تفيده المادة 622 من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : براءة الأصيل توجب براءة الكفيل . وفي هذا المعنى المادة 854 من مرشد الحيران والمادة 594 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 310 ) .

(2) قاعدة : « يجوز تنازل الدائن عن ضمان أحد الكفلاء نظير جعل » .

قال بعض الفقهاء : إن وجود سند الدين بيد المدين ووجود الرهن بيد الراهن دليل حسي على الوفاء بالدين ، وعلى ذلك فهو دليل قاطع يعمل به إلا إذا ظهر ما ينقضه وهو دليل آخر أقوى منه .

وقال بعض الفقهاء : إن وجود سند الدين بيد المدين ووجود الرهن بيد الراهن ليس دليلًا على الوفاء لجواز ضياعه أو العثور عليه ؛ إذ يجب على المدين أن يطلب من دائنه الكتابة على السند بالوفاء خوفًا من أن يدعي رب الدين سقوطه منه ، أو يخرج الدائن صورة أخرى من السجل يدعي بها ، وهذا قول صريح أدعى إلى الحيطة في المعاملة ، وأقطع للحيلة من الدائن والمدين .

فإن وافق الدائن على وجود السند بيد المدين ، ولكن ادعى أخذه قهرًا عنه فله إثبات ذلك ، وليس بشرط تسليم سند المديونية إلى المدين أو من يمثله ، إذ يجوز مثلًا أن يرسله مع شخص لا علاقة له بالطرفين ليوصله للمدين .

ولا فرق بين أن يكون سند المديونية عرفيًا أو رسميًا يمكن استخراج صورته في أن وجوده في يد المدين قرينة قاطعة على الوفاء إلا إذا ثبت خلافه .

فإن ادعى أحد المدينين الذي بيده سند المديونة أنه سدد الدين كله بدليل وجوده في يده فلا يقبل قوله لمجرد وجود السند ، بل يجب عليه إثبات الدفع لكل الدين كما يدعي بالبينة الشرعية ، وليس هذا مثل ادعاء سداد الدين لوجود سند المديونية ؛ لأن هذا السند دليل المديونية لا دليل أنه دفع كل الدين عن بقية المدينين .

## بند [ 179 ] المقاصة

**القانون الفرنسي** : المقاصة هي أن يصبح الدائن مدينًا لمدينه فيلتقي الدينان بقدر أصغرهما فيتلاشيا ، وهي طريقة قانونية في تلاشي الالتزامات ، والمقاصة تكون قانونية أو اتفاقية أو قضائية .

## المقاصة القانونية :

وهي التي تسري من نفسها بقوة القانون بدون تدخل الطرفين . وللمقاصة فائدتان : الأولى عدم نقل النقد مرتين لسداد الدينين ، والثانية تجنب عدم القدرة على الدفع بالتقابل من الطرفين .

## شروط المقاصة القانونية :

**أولًا** : يجب أن يكون الدينان بين شخصين خاصين دائن ومدين فالدائن نفسه يصبح مدينًا لمدينه ، والمدين نفسه يصبح دائنًا لدائنه شخصيًّا .

**ثانيًا** : يجب أن يكون الدينان محققين محدودين ثابتين .

**ثالثًا** : يجب أن يكون الدينان حالَّين ، فلا مقاصة بين دين حال ودين مؤجل .

**رابعًا** : يجب أن يكون الدينان مبلغًا من المال أو شيئًا في الذمة مكيلًا أو موزونًا متحدًا في الوصف ، ويمكن عمل مقاصة قانونية بين مبلغ من المال دينًا وشيء في الذمة مكيلا أو موزونًا في ذمة أخرى متى كان الثمن محددًا في بورصة محل التسليم مع خلاف بين المشرعين هل تتم بالاتفاق أم بقوة القانون ، وهو الجاري العمل عليه . ويستثنى من ذلك :

**أولًا** : طلب استرداد شيء أُخذ من مالكه بلا حق لا تحْصُل فيه مقاصة كحالة السرقة .

**ثانيًا** : طلب استرداد الأمانة ممن اؤتمن عليها لا تحصل فيه مقاصة .

**ثالثًا** : طلب استرداد أمانة استعيرت للاستعمال لا مقاصة فيها .

**رابعًا** : ديون ضرورة الحياة التي أعلن عدم جواز الحجز عليها لا مقاصة فيها ، كدين الأكل .

نتيجة المقاصة : يتلاشى الدينان المتقابلان إن تساويا قدرًا ، فإن زاد أحدهما تلاشى بمقدار الدين الأقل المقابل له ، ويتلاشى مع الدين الضمان والرهن والامتياز، ويتلاشى معهما فائدتهما .

فإن تعدد محل الدفع وكان لأحدهما نفقة حسبت كتغير العملة ، فإن تعدد الدين في المقاصة كان الترتيب فيه كالترتيب في الدفع على الحساب لديون كثيرة

كما سبق .

ومتى حصلت المقاصة مع المدين الأصلي انتفع بها الضامن ، وليس للمدين طلب المقاصة بينه وبين دائنه إذا كان الدائن مدينًا للضامن .

وليس للمدين بالتضامن مع آخر طلب المقاصة من دائنه إذا كان مدينًا لأحد شركائه في الدين .

يجب ألا تضر المقاصة حقوق الغير الثابتة قبل حصولها فلا تعفي المحجوز تحت يده لآخر دائنًا لمدينه من دفع ما في ذمته للحاجز متى حصل تقابل الدينين بعد الحجز . وكذا المدين المتنازل له . ويمكن التنازل عن المقاصة صراحة أو ضمنًا .

مقاصة اتفاقية أو اختيارية : يجوز للطرفين قبول المقاصة فيما في ذمتهما من الالتزامات ، ولو لم تستكمل شروط المقاصة القانونية ، ويكون معمولاً به من وقت قبولها مستقبلًا .

**مقاصة قضائية :**

وهي التي تحكم فيها المحكمة عند ادعاء المدعى عليه إلزام المدعي بالتزام أيًا كان نوعه ، فتقدره المحكمة ثم تجري المقاصة بين الطلب الأصلي والفرعي ، كمن طلب 100 جنيه من شخص أمانة عنده فادعى المدعى عليه أن على المدعي تعويضًا فيما لحقه من ضرر نزل به بسبب عمل المدعي [1] .

## بند [ 180 ] المقاصة

**التشريع الإسلامي** : وهي متاركة دينين بمتماثلين على مدينين كل ماله فيما عليه وهي جائزة بين [2] الطرفين متى اتفقا ، ويجوز العدول عنها وأن يؤدي كل ما عليه للآخر ، فإن اختلفا وطلب أحد الدائنين المقاصة فيجاب من دعا منهما إليها . وتجب المقاصة . ويتعين على القاضي الحكم بها في أحوال ثلاثة :

(1) انظر : البنود من 1289 إلى 1299 ، في الفصل الرابع ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 290 : 292 .

(2) قاعدة : المقاصة جائزة بين الطرفين متى اتفقا .

( 1 ) متى حل الدينان .

( 2 ) واتفقا أجلًا .

( 3 ) وطلبها من حل دينه .

ولتحقق المقاصة يجب أن يكون دائن ومدين ، ويصبح الدائن مدينًا مع كونه دائنًا ويصبح المدين دائنًا مع بقائه مدينًا [1] كأن يقترض زيد من عمر عشرين جنيهًا لمدة شهر فعمر دائن وزيد مدين ، ثم يبيع زيد إلى عمر بيتًا بخمسين جنيها إلى أجل أو حالة

---

(1) تناولت المادة 362 من القانون المدني المصري والمادة 352 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع المقاصة وحق المدين في إجرائها ، وهو ما تناولته المادة 425 من التقنين الكويتي والمادتان 408 و 409 من التقنين العراقي .

فالمادة 408 من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » .

والمادة 409 من هذا التقنين تنص على ما يأتي :

1 – المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضي المتداينين .

2 – ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية . فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا إلا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما أو اختلف .

وتطابق في حكمها المواد 343 و 344 و 345 من التقنين الأردني .

فالمادة 343 من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه » .

والمادة 344 من هذا التقنين تنص على أن « المقاصة إما جبرية وتقع بقوة القانون أو اختيارية تتم باتفاق الطرفين أو قضائية وتتم بحكم المحكمة » .

والمادة 345 من هذا التقنين تنص على أنه « يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائنا ومدينا للآخر وأن يتماثل الدينان جنسا ووصفا واستحقاقا وقوة وضعفا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير » .

وفي الفقه الإسلامي تجرى المادة 224 من مرشد الحيران بما يطابق المادة 408 من التقنين العراقي .

وتطابق المادة 225 من مرشد الحيران في حكمها المادة 1/409 من التقنين العراقي .

وتطابق المادة 226 من مرشد الحيران المادة 2/409 من التقنين العراقي .

والمقاصة إما قانونية تقع بحكم القانون ، أو اختيارية تتم بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معا ، أو قضائية تتم بحكم القاضي . وأهم هذه الأنواع الثلاثة هي المقاصة القانونية . وهي التي أرادتها هذه المواد المشار إليها تحت عنوان « المقاصة » . أما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية فتسري في شأنهما القواعد العامة .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 105 ، 106 ) .

فأصبح عمر مدينًا بثمن المنزل دائنًا بالقرض ، وأصبح زيد مدينًا بالقرض دائنًا بثمن المنزل فيلتقي الدينان قصاصًا بمثل أقلهما ، وهو القرض فتسقط عشرون للقرض نظير عشرين من الخمسين ، ويبقى ثلاثون على مشتري المنزل وهو عمر لزيد [1] .

وليس بلازم في المقاصة أن تكون بين شخصين حقيقيين بل يصح وجودها بين شخص حقيقي وشخص اعتباري كوقف أو حكومة أو مجلس بلدي مثلًا .

ولتتحقق المقاصة يجب ثبوت الدينين في الذمة مقدرين ؛ فلا تصح المقاصة بين دين لم يثبت في الذمة كقول ضامن لشخص : أنا كفيل بما ذاب [2] لك على فلان ، ولم يعلم ما ذاب على فلان ثم يطلب هذا الشخص المقاصة في دين لهذا الضامن عليه .

وإذا حل الدينان أو اتفقا أجلًا أو طلبها من حل دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها .

وتجوز المقاصة في ديني العين من بيع أو قرض أو منهما إن اتحد الدينان قدرًا وصفة حلا أو أحدهما أم لا . وكذا تجوز المقاصة إن اختلف الدينان صفة أو نوعًا وحَلّا ، أو اختلفا قدرًا وهما من بيع وحَلّا ، وإلا فلا تجوز المقاصة [3] .

وتجوز المقاصة في الطعامين من قرض على هذا التفصيل [4] .

وتمنع المقاصة في الطعام من بيع مطلقًا ، كما تمنع إن اختلفا من بيع وقرض أو اختلفا صفة أو قدرًا أو لم يحلا .

وتجوز في الدينين العرضين الشامل للحيوان مطلقًا من بيع أو قرض أو مختلفين

---

(1) يقول الدردير : « المقاصة متاركة مدينين متماثلين عليهما كل ماله فيما عليه ، وتجوز في ديني العين مطلقًا إن اتحدا قدرًا وصفة حلا أو أحدهما أوْ لا أو اختلفا صفة ونوعًا إن حلا أو قدرًا ، وهما من بيع وحلا وإلا فلا . الشرح الصغير جـ 3 ص 118 ، 119 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 549 ، 550 .

(2) ذاب : من ذوب ، والمعنى ثَبَتَ ووَجَبَ . من قولهم : ذاب لي عليه من الحق كذا أي وجب وثبت ، وذاب عليه من الأمر كذا ذَوْبًا : وَجَب انظر لسان العرب مادة ( ذوب ) ص 1524 .

(3) جاء في الخرشي على مختصر خليل : تجوز المقاصة في ديني العين مطلقا إن اتحدا قدرًا ، وصفة حلا أو أحدهما ، وتجوز المقاصة إذا اختلف دينا العين في الصفة ، والنوع إن حلا لئلا يؤدي إلى صرف متأخر ، أو إلى بدل مستأخر . الخرشي على مختصر خليل ( 233/5 ، 234 ) .

(4) والطعامان من قرض يجوز فيهما المقاصة إن اتفقا صفة ، وقدرًا . الشرح الصغير ( 120/3 ) .

حلًّا أو أحدهما أم لا إن اتحدا نوعًا وصفة أو اختلفا وحلًّا أو اتفقا أجلا [1] .

فإن اختلف الدينان كعين في ذمة وعرض أو طعام في ذمة أخرى أو عرض في ذمة وطعام في أخرى من بيع أو قرض أو مختلفين جازت المقاصة ، إلا إذا كان أحد الدينين طعامًا من بيع فلا يجوز [2] .

إن الشيء المسروق أو المغصوب أو الوديعة أو الشيء المعار يجب رده لصاحبه عينًا ولا مقاصة فيه إطلاقًا ؛ لأن في هذا إقرارًا لحالة السارق والغاصب ، وإعانة لخيانة الأمانة ، والواجب غير ذلك شرعًا فيجب الرد على الجميع .

ولكن إذا تلف الشيء المسروق أو أفناه السارق كأن أكله مثلًا ، وكذا المغصوب أو تعدى المودع عنده أو المستعير على العارية وضمَّنه الحاكم القيمة أو المثل يوم الغصب أو التعدي ، وكان المسروق منه أو المغصوب منه أو المودع أو المعير مدينًا لهذا المتعدي فبلا شك يلتقي الدينان قصاصًا متى طلبه من حل دينه أو اتفق الدينان ، وكانا حالَّيْنِ فيقضى بالمقاصة بينهما .

والذي لا يجوز هو عمل المقاصة عند بقاء العين المسروقة أو المغصوبة أو المودعة ، ولكن متى تقرر الضمان فقد أصبح دينًا واجب الأداء فتصح فيه المقاصة .

ويجب في المقاصة ألا يكون أحد الدينين تقرر لدفع الحاجة وحفظ الحياة ؛ فلو أجزنا المقاصة في مثل هذا المعنى لكان ذلك تضييعًا للمعنى المقصود من تقرير هذا الحق على الغير . مثلًا لو فُرِضَت نفقة لأب على ولده أو لولد على أبيه ، وكان المفروض له النفقة مدينًا للمفروض عليه فلا تصح المقاصة بينهما ؛ لأن النفقة فرضت في القرابة للفقر والحاجة لإحياء النفس ، فيجب ملاحظة هذه الحكمة وعدم إهدارها بإباحة المقاصة .

وأما نفقة الزوجة المفروضة على زوجها فهي نفقة واجبة لعلة الاحتباس ؛

---

(1) السابق ( 120/3 ) .

(2) فإن اختلفا ، وهما من القرض لم يجز على المشهور من منع الزيادة في القرض ، وإن كان من بيع ، وقد حل الأجلان فيجوز إن كان أحدهما من قرض ، والآخر من بيع ، فإن كان البيع أكثرهما لم تجز المقاصة ، لأنه زيادة في القرض . مواهب الجليل ( 550/4 ) .

وسببها الزوجية فيجوز فرض النفقة للزوجة على زوجها ولو كانت غنية ؛ لأنها زوجة مطيعة لزوجها في أمور الزوجية تنازلت عن حريتها في التصرف في نفسها ، ولزمت بيت زوجها فلزمه الإنفاق عليها ؛ فلو كان لزوجها عليها دين ، وقد أصبحت نفقتها على زوجها دينًا كذلك صح التقاؤهما قصاصًا ، بل ويقضَى للزوج بذلك على زوجته ، إلا إذا كانت فقيرة وقَطْع النفقة عنها نظير المقاصة يلحق بها ضررًا فلا يجاب الزوج إلى المقاصة إلا في جزء متى كان يمكن الاستغناء عنه ، وعلى كل حال فالنظر للقاضي .

وأما أجر العامل فيلتقي قصاصًا مع دين رب العمل متى كان لا يضر ذلك العامل ، ويكون له سبيل العيش ميسرًا من جهة أخرى فإن لم يكن له مورد رزق غير عمله ، فلا مقاصة ؛ لأن إحياء النفس مقدم على سداد الدين .

## نتيجة المقاصة :

يتلاشى الدينان المتقابلان ، وتبرأ ذمة كل من الدائنين بقدر الدين ويبرأ الضامن ويجب رد الرهن متى كانت المقاصة استغرقت كل الدين فإن بقي من دين صاحب الرهن شيء بقي الرهن بأكمله حتى يتم السداد [1] ، فإن كان في قضاء

---

(1) تناولت المادة 365 من القانون المدني المصري والمادة 355 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وجوب مطالبة صاحب المصلحة في إيقاع المقاصة للحكم بها ، وهو ما تناولته المادة 428 من التقنين الكويتي ، والمادة 413 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، ولا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها » .

والمادة 350 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 277 من مرشد الحيران على أنه « إنما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين ، فإن كان لأحدهما مائة ريال دينا على الآخر والمديون مائة جنيه عليه وتقاصا يسقط من قيمة الجنيهات قصاصا بقدر الريالات ويبقى لصاحب الجنيهات ما بقي منها » .

وتفيد القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن للمرتهن الحق في حبس الرهن كاملا حتى يفي الراهن بالدين كله . فإن أدى شيئًا من الدين وبقي بعضه كان للمرتهن الحق في حبس الرهن كله كذلك ، ولا يلزم إعطاء المدين شيئًا من الرهن . وهذا هو ما تفيده المواد 24 ، 718 ، 731 من مجلة الأحكام العدلية ، والمادتان 989 ، 991 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 107 ) .

أحد الدينين نفقة على المدين ينتفع بها الدائن حسبت على المدين للدائن الآخر . فإن تعدد الدين في المقاصة كان الترتيب للطالب إلا أن يلحق المدين الآخر ضرر ، وإلا كانت المقاصة بنسبة الديون لأن المقاصة كالدفع ( الخصم والتسديد ) .

إذا كان الدائن مدينًا للضامن ، وكان الضامن دائنًا لدائن مضمونه فلا تصح المقاصة بين ضامن المدين وبين مدينه الذي هو دائن لمضمونه لعدم اتحاد الذمة في الدين المضمون ، ودين الضامن على دائن المضمون مادام لم يجب على الضامن أداء الضمان فإن وجب التقى دين الضامن مع دين دائن مدينه قصاصًا ؛ لأنه تعين على الضامن الأداء [1] .

ويصح طلب المقاصة من شريك في المديونية غير متضامن مع شركائه أصبح دائنًا لدائنه ؛ لأن الدين مخصص على كل مدين بلا تضامن بينهم ، بخلاف المدين بالتضامن مع آخرين فلا يجوز له طلب المقاصة إلا فيما يخصه ؛ لأنه صاحب دين على الدائن .

تصح المقاصة متى لم يتعلق بأحد الدينين حق لآخر فإن تعلق بأحد الدينين حق لثالث فلا تجوز المقاصة ؛ لأن فيها ضياع حقوق الغير وهو لا يجوز [2] .

والمقاصة حق للطرفين : لكل واحد أن يطلبها ولهما تركها بالاتفاق ، ويجوز للطرفين المقاصة اختيارًا بينهما بلا تقاض . ويجوز للقاضي إذا تداعى شخصان وطلب كل منهما الحكم على صاحبه بشيء معين يصح فيه المقاصة ، وثبت لكل واحد منهما حق ببعض ما يدعيه قِبَلَ صاحبه أو كل ما يدعيه ، أن يحكم بالمقاصة وأن يلتقي الدينان مقاصة فهما مهدران تداعيًا للسقوط بمثل هذا الحكم [3] .

---

(1) يجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان متماثلان صالحان للمطالبة بهما قضاء ولا نزاع فيهما ومستحقان للأداء في وقت معين ، ولا تجري المقاصة لهذا إذا كان أحد الدينين حالا ، والآخر مؤجلا إلا إذا رضى الطرفان ذلك . ولذا فإنه إن لم تتقابل ذمة الدائن والمدين لم تجر المقاصة بين دينهما إلا بالتراضي كذلك . وهو ما تناولته المواد 362 مدني مصري ، 352 مشروع المدني طبقًا للشريعة ، 435 كويتي ، 408 ، 409 عراقي ، 343 – 345 أردني ، 224 من مرشد الحيران .

(2) قاعدة : المقاصة حق للطرفين ولهما تركها بالاتفاق وقد بينت المواد 367 مصري ، 375 مشروع طبقًا للشريعة الإسلامية 415 عراقي ، 430 كويتي أنه لا تقع المقاصة إن أدت إلى الإضرار بالغير .

(3) راجع في نتائج المقاصة بالتفصيل : الشرح الصغير جـ 3 ص 119 ، 120 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 549 ، ص 550 ، وحاشية الرهوني على الزرقاني جـ 5 ص 163 وما بعدها .

## بند [ 181 ] اتحاد الذمة في الالتزام

**القانون الفرنسي** : يوجد اتحاد الذمة في الالتزامات متى اجتمعت صفة الدائنية ، وصفة المديونية في شخص واحد لشيء واحد هو محل الالتزام فتتلاشى الالتزامات لاستحالة فصل الدائن عن المدين .

ويحصل هذا غالبًا عند انتقال الالتزامات بطريق الميراث ؛ فيصبح الدائن مدينًا والمدين دائنًا . ومع ذلك فقد يحصل أن يقبل الوارث الميراث بشرط أن يكون فيه فائدة له بعد الحصر لمعرفة ماله وما عليه ، فيبقى مال التركة منفصلًا عن مال الوارث فيبقى الوارث مدينًا أو دائنًا للتركة حتى يعرف الباقي من التركة .

وينتج عن اتحاد الذمة تلاشي الدين جميعه إن انتقل كله للوارث أو جزء منه حسب الميراث ، ويستفيد منه الضامن بخلاف ما إذا ورثه الضامن فيبقى المدين الأصلي ملزمًا بالدين . والشركاء في الدين المتضامنون يسقط عنهم نصيب من اتحدت ذمته في نصيبه من الدين فقط . ويمكن انقطاع اتحاد الذمة فيعود كل شيء كما كان ، وكأنه لم يحصل اتحاد الذمة كما إذا تبينت وصية كانت مجهولة منعت الميراث [1] .

## بند [ 182 ] اتحاد الذمة

**التشريع الإسلامي** : مما لا نزاع فيه أن الدين لا يتحقق إلا إذا تعددت الذمم فيكون شخص ملتزما ، وشخص آخر ملتزما له ؛ فلو زالت هذه الصفات المتعددة من دائن ومدين أو مديونية ودائنية أو ملتزم وملتزم له بأن أصبح الدائن هو المدين ، فتجتمع المديونية والدائنية في شخص واحد فلا تتحقق إذن صفة الملتزم والملتزم له في شخص واحد ، ومتى تحقق ذلك فقد بطلت الالتزامات وتلاشت .

ويستفيد من اتحاد الذمة الضامن ؛ لأن الضمان تابع لوجود الدين ، وقد تلاشى

---

(1) انظر : البنود من 1300 – 1301 ، في الفصل الخامس ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 292 ، 293 .

الدين باتحاد الذمة فلا ضمان [1] .

وليس في التشريع الإسلامي قبول أو رفض التركة أو قبولها بشرط عدم زيادة الدين عن رأس المال ، وإنما القاعدة الأساسية أنه لا ميراث [2] إلا بعد سداد الدين [3] ، ولا يلزم الوارث بسداد دين المورث إلا في حدود التركة [4] فقط . فإن تبرع الوارث بسداد دين التركة من ماليته الخالصة فليس بمجبر عليه ، ولا تمنع الوصية الميراث ، لأن الوصية لا [5] تكون إلا في ثلث التركة فقط [6] .

---

(1) تناولت المادة 370 من القانون المدني المصري والمادة 370 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية أثر اتحاد الذمة في انقضاء الدين ، وهو ما تناولته المادة 418 من التقنين العراقي ، والفقرة الأولى من المادة 353 من التقنين الأردني ، والمادة 433 من التقنين الكويتي .

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتحقق في الغالب عن طريق الميراث .

فإذا ورث المدين الدائن كانت التركة هي الدائنة للمدين . فيرث المدين الدين الذي للتركة ، فتتحد الذمة في الدين ، لأن الحقوق التي للتركة تنتقل إلى الورثة .

وإذا ورث الدائن المدين ، كانت التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . فتتحد الذمة أيضا في الدين ، لأن ديون التركة تنتقل إلى الوارث بقدر ما آل إليه من أموال التركة . وقد ذهب رأي إلى أن مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » يحول دون أن تتحد الذمة في الدين في هذه الحالة ، وذلك بحجة أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، إذ الديون لا تورث طبقا لهذا المبدأ ، ومن ثم لابد من سداد الدين أولا ، فيستوفي الدائن هذا الدين من التركة ، ثم يرث ما بقي منها بعد سداد الديون ، وبذلك ينقضي الدين بطريق الوفاء لا بطريق المقاصة غير أنه يلاحظ على هذا الرأي أن أموال التركة تنتقل إلى الوارث فور الموت بما فيها من حقوق وما عليها من ديون ، وإنما يكون التزام الوارث بديون التركة في حدود ما آل إليه من أموالها . ومن ثم فإن اتحاد الذمة يتحقق بقدر الأقل من الدين الذي للوارث والأموال التي آلت إليه بالميراث . والذي يعنيه مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » أن أموال التركة لا تخلص للوارث خلوصا تاما إلا بعد سداد الديون . فهذا هو المعنى الصحيح للآية الكريمة التي تقول : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » .

انظر في الفقه الإسلامي : محمد أبو زهرة ، أحكام التركات ص 17 وما بعدها ، وانظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة ص 108 .

(2) قاعدة : لا ميراث إلا بعد سداد الديون .

(3) تقضي من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ( 458/4 ) .

(4) قاعدة : لا يلتزم الوارث بسداد دين المورث إلا في حدود التركة .

(5) قاعدة : الوصية لا تكون إلا في ثلث التركة فقط .

(6) يقول ابن رشد : « اتفق العلماء على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة » . بداية المجتهد جـ 2 ص 335 .

## بند [ 183 ] سقوط الحق المبرئ للذمة

**القانون الفرنسي** : سقوط الحق المبرئ للذمة هو طريق لبراءة ذمة المدين من التزاماته بمرور بعض الزمن وبشروط حددها القانون ، وعلة ذلك حفظ كيان الهيئة الاجتماعية بحالتها التي هي عليها ، وحفظ الطمأنينة الناتجة عن تقادم العهد وعقاب الدائن المفرط في طلب حقه مدة قد يفقد فيها المدين سند سداد دينه لتقادم العهد ، فمن العبث وقلب الأوضاع التمشي مع الدائن إلى هذا الحد .

الشروط المطلوبة لسقوط الحق المبرئ : الشرط الوحيد مرور بعض الزمن ، ويبدأ الزمن من الوقت الذي كان يمكن للدائن المطالبة بتنفيذ التزامات المدين ، وفي الحقوق المعلقة على وفاة شخص من يوم وفاته ، والمعلقة على شرط من يوم حصوله ، ويحسب الزمن باليوم لا بالساعات ، ولا يحسب أول يوم ، ويتم سقوط الحق متى كمل آخر يوم من الزمن .

وينقسم الأجل إلى ثلاثة أقسام : أجل 30 سنة ، وأجل 10 سنين ، وأجل قصير .

**أولًا** : سقوط الحق بمضي ثلاثين سنة هو الأصل في كل حق أو دعوى لم يحدد لها القانون مدة سقوط معينة وهو السقوط العادي .

**ثانيًا** : سقوط الحق بمضي عشر سنين يكون في :

1 – دعاوى إلغاء العقود أو إبطالها .

2 – دعاوى ملكية العقار ضد المهندس والمتعهد لضمان الأعمال الكبيرة التي عملوها أو أداروها .

3 – دعاوى مسئولية الوصي قِبَل يتيمه في إدارة أملاكه .

**ثالثا** : سقوط الحق بمدة قصيرة المبنى على افتراض الدفع .

1 – سقوط الحق بمضي ستة أشهر في :

أ – دعاوى الأستاذ والمدرس في العلوم والفنون الجميلة للدروس التي أعطوها في الشهر .

ب – المنزل ( لوكاندة وبنسيون ) لأجل السكن والإطعام .

جـ - في أجر العمال والشغالة لدفع أجورهم اليومية .

2 - سقوط الحق بمضي سنة في :

أ - دعاوى المحضرين لأجرهم على ما قاموا به من العمل وما قدموا من الخدمات .

ب - دعاوى رؤساء المدارس الداخلية والورش على ما قدموا من الطعام وغيره لتلاميذهم أو صبيانهم .

جـ - دعاوى أجور الخدم المؤجرين سنويًا لدفع أجورهم .

3 - سقوط الحق بمضي سنتين :

أ - في دعوى الطبيب ، الجراح ، طبيب الأسنان ، الأجزاجي ، القابلة لأجل كشفهم أو عملياتهم أو دوائهم .

ب - دعاوى محضر الدعاوى بالنسبة لنفقاتهم وأجر عملهم ، ويبتدئ الأجل لمحضري الدعاوى من يوم الحكم أو صلح الطرفين .

4 - سقوط الحق بمضي خمس سنين في :

1 - دعاوى جواب تحويل العملة ، وسند تحت الطلب ماداموا معتبرين من أعمال التجارة .

2 - المعاشات الغذائية .

3 - إيجار المنازل وثمن إيجار الأملاك الحقلية .

4 - فوائد المبالغ المعطاة قرضًا ، وكل ما كان إيجاره سنويًا أو لمدة محددة لأقل من سنة .

ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف هذه الآجال المحددة قانونًا لأنه مُراعَى فيها الصالح العام [1] .

---

(1) انظر : البنود من 2260 إلى 2281 ، في الباب الخامس ، من الكتاب العشرين ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 284 : 288 .

## بند [ 184 ] سقوط الحق بمضي المدة

**التشريع الإسلامي** : سقوط الحق المبرئ لذمة المدين ليس معناه شرعًا إلا عدم قبول الدعوى ، وسماع البينة لمرور زمن يقضي بوجوب وجود اطمئنان الناس على ما في أيديهم ، ومحافظة على الثبات لما عليه الهيئة الاجتماعية بقدر الطاقة ، وليس معناه كما فسره علماء القانون الوضعي من أن سقوط الحق المبرئ للذمة هو طريق لبراءة ذمة المدين من التزاماته بمرور بعض الزمن [1] .

وقد نبه المشرع الإسلامي على أن مرور الزمن لا يسقط الحق [2] ، وإنما يمنع قبول الدعوى . وعدم قبول الدعوى ليس معناه تحلُّل الملتزم من التزاماته ، حتى والحكم في الدعوى بغير الحق لأحد الطرفين على الآخر لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا ، فإن الملتزم - وإن نجا من الحكم في الدعوى - فهو مطالب بينه وبين نفسه ، وأمام اللّه بالوفاء بما وجب عليه ما دام قادرًا على الوفاء [3] .

---

(1) يقول الشيخ عليش : « لا يقال سقط بالسكوت عنه بلا عذر مع طول المدة وسواء كان بوثيقة أم لا » فإن الدين لا يسقط ، وإنما يسقط دعوى القضاء . فتح العلي المالك جـ 2 ص 135 .

(2) قاعدة : مرور الزمن لا يسقط الحق وإنما يمنع قبول الدعوى .

(3) فسر المؤلف المبدأ القانوني القاضي بسقوط الحق الشخصي بالتقادم على ضوء مقابله في الفقه ، وهو عدم سماع الدعوى الذي تقره الشريعة الإسلامية . فثمة قاعدة أساسية في هذه الشريعة تستند إلى الحديث الشريف ، الذي يقول : « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » . وبناء على ذلك نصت المجلة على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، وأنه إذا أقر المدعى عليه بالحق يحكم عليه بإقراره دون اعتبار لمرور الزمان ( م 1674 من المجلة ) . ( انظر الأشباه لابن نجيم ص 88 ) . وبهذا أخذت جميع المذاهب الفقهية .

إلا أن المذهبين المالكي والحنفي ، وإن كانا قد أقرا عدم سقوط الحق بالتقادم ، إلا أنهما أقرا من جهة أخرى عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضي مدة معينة .

ففي المذهب المالكي إذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة من الزمن ، قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة ، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا أنه دفع الدين فإنه يصدق بدون بينة ولا تسمع دعوى المدعي . وحجتهم في ذلك أن إثبات الدفع بعد هذه المدة قد لا يكون ميسورا بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم . كما أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن إقرارا بعدم أحقيته في هذه المطالبة .

أما الحنفية فقد أقاموا رأيهم على الاستحسان لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم وجود الحق ظاهرا . كما استندوا إلى أن طاعة ولي الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة ، وإلى أن ولاية القضاء مستمدة منه وأنها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان ( م 1800 و 1801 من المجلة ) .

فلو فرض أن شخصًا مدينًا لآخر بخمسين جنيهًا ومضى على هذا الدين خمس عشرة سنة ، ولم يطالب الدائن مدينه ، ثم جاء بعد مرور هذه المدة يطالب بدينه فرفض القاضي سماع دعواه ؛ لأنها لا تسمع بعد هذا السكوت الطويل هذه المدة ، فليس معنى رفض القاضي سماع الدعوى حِلّ أكل الخمسين جنيهًا على الدائن بل معناه عقاب الدائن على السكوت الطويل حفظًا على النظم الاجتماعية ، ولكن يجب على المدين أداء دينه لدائنه ، ويَحْرُم عليه اغتياله فيه ؛ لأنه لا حق له في ذلك ، فيكون مضي الزمن ليس مبرئًا ، وإنما هو مانع من سماع الدعوى وأدلتها فقط .

والشرط الوحيد مرور الزمن حقيقة ، ولكن يشترط أيضًا حضور المدعي وسكوته عن المطالبة بحقه بلا مانع شرعي يمنعه من التقاضي [1] ، وأن لا يكون المدين غاصبًا ولا سارقًا ، فإن مرور الزمن لا يفيده بشيء . وابتداء المدة من يوم

---

= ومفاد هذا أن المذهبين المالكي والحنفي قد أقرا مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وبنيا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم وجود الحق ظاهرا وقرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت على الحق وقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود أو موتهم أو غيابهم .

وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة ، وقدرها آخرون بست وثلاثين « إلا أن الخلفاء العثمانيين رأوا أن هذه المدة طويلة ، وأنها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس . ولهذا رأوا أن تكون هذه المدة خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها نصوص المجلة .

ويلاحظ بهذه المناسبة أن مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ثلاثون سنة . ولكن الفقه الفرنسي ينتقد طول هذه المدة . كما أن مدة التقادم في القوانين الأجنبية الأخرى أقصر من ذلك ، فبعض هذه القوانين يحددها بعشرين سنة ، وبعضها يحددها بخمس عشرة سنة ، وبعضها يحددها بعشر سنوات .

من أجل ذلك أخذت المادة 365 مدني مصري ، والمادة 365 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في تحديد مدة عدم سماع الدعوى أن تكون خمس عشرة سنة ميلادية ، وهذه المدة تسري بالنسبة إلى كل التزام لم ينص القانون في خصوصه على مدة أخرى . وقد روعي في تحديدها أنها المدة التي يأخذ بها الفقه الإسلامي في المجلة وفي مرشد الحيران ، وهي مدة مناسبة لا ترهق المدين ولا تباغت الدائن ، وقد ألفها الناس منذ زمن بعيد .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 109 ، 110 ) .

(1) جاء في الشرح الصغير « لو ادعى على الحائز حاضرٌ ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ، واستحقه الحائز لقوله ﷺ : « من حاز شيئا عشر سنين فهو له » . الشرح الصغير ( 68/4 ) .

وجوب الأداء وجواز الطلب بلا مانع شرعي [1] .

وسقوط الحق بمضي المدة يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة للدائن من قريب أو غريب أو شريك أو أجنبي وباختلاف الشيء الملتزم بأدائه من عقار أو منقول .

وقد تقدم كل ذلك مفصلًا في المدة الضرورية للتملك بوضع اليد فارجع إليه إن شئت .

وبما أن المدة المحددة لسقوط الحق في الطلب قضاء اعتبرت من المصلحة العامة ، فلا يجوز الخروج عليها باشتراط ما ينافيها ، إلا إذا كان هذا من حق الشخص ذاته ، كمن اشترط على مقرضه مثلًا عدم مطالبته بدين القرض مدة حياته أو لمدة خمسين سنة فذلك جائز [2] .

## بند [ 185 ] إيقاف مدة سقوط الحق

**القانون الفرنسي** : وهو وقوف سريان المدة مؤقتًا ، فيمنع مضي المدة من التحقق ما دام السبب قائمًا ، ومتى زال سبب الوقوف ابتدأت المدة حيث وَقَفَتْ ، بمعنى

---

(1) تناولت المادة 374 من القانون المدني المصري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » .
أما المادة 365 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية فقد أخذت بمبدأ عدم سماع الدعوى بدلا من فكرة التقادم المسقط للحق كما تقدم .
وهو ما تناولته المادة 429 من التقنين العراقي التي تنص على أن « الدعوى بالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة » .
وكذا المادة 449 من التقنين الأردني التي تنص على أنه « لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة » .
وهو ما ورد في المادة 442 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية » .
( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 110 ) .

(2) يقول الدردير : « والحائز يهدم ويبني كالسنتين فأكثر والآخر حاضر ساكت بلا مانع هذا كله في حيازة العقار ، وغير العقار في القريب الزيادة على عشر سنين » . الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

أن الزمن الماضي قبل الوقوف يضم لما يجيء من الزمن ، والسبب العام في وقوف سريان المدة عدم تمكن الدائن من الترافع في القضاء كعدم الأهلية للقصر ، أو الحجر ، أو لوجود الزوجية .

قطع مدة سقوط الحق : وهو حدوث أمر محدد بالقانون يقطع سريان مدة سقوط الحق بمضي المدة بمعنى أن ما مر من الزمن يعتبر كأن لم يكن ، ولا يحسب مستقبلًا وأسباب قطع مدة سقوط الحق هي :

1 - إعلان بالحضور أمام المحكمة .

2 - إعلان بالحضور للصلح .

3 - اعتراف بحقوق الدائن .

وهذه أسباب عامة لقطع المدة في التملك بوضع اليد ، وسقوط الحق في الدين . والأسباب الخاصة لقطع المدة المبرئة هي :

1 - الإنذار على يد محضر للمدين بسداد ما عليه من الالتزامات ، وإلا يجبر عليها بقوة القانون ، ويليه الحجز العقاري وهو يقطع المدة ومجرد تنبيه لا يكفي في قطع المدة .

2 - الحجز بجميع أنواعه يقطع المدة .

ونتيجة قطع المدة هو أن ما مضى من الزمن اعتبر كأن لم يكن ، ولا يحسب على الزمن المستجد ، بل يحسب مضي الزمن عقب سبب قطعه بطبيعته التي ابتدأها 30 سنة أو 10 سنين أو سنتان إلخ ، ويستثنى من ذلك مضي المدة القصيرة الأجل المبني على افتراض دفع المدين ، فمتى قُطِعت مدة سقوط الحق ابتدأ إلى زمن آخر ومدة أخرى وهو 30 سنة .

## نتيجة سقوط الحق بمضي المدة :

القاعدة العامة لسقوط الحق بمضي المدة أن الدين يسقط ، وليس على المدين إقامة دليل سوى مضي المدة ، وليس للدائن إثبات أن ذمته مشغولة ، ويستثنى من ذلك الحق الذي يسقط بمدة قصيرة والمفروض فيه قانونًا الدفع . فإن الدائن يمكنه أن يقيم الدليل على عدم الدفع ، وأن يوجه اليمين إلى المدين أو ورثته وزوجته .

وينتج عن سقوط الحق بمضي المدة وجود التزامات طبيعية يمكن أن تؤدي إلى دفع حقيقي أو ضمان ، وسقوط الحق بمضي المدة لا يعمل به بقوة القانون . ولكن على المدين أن يتمسك به أمام القضاء في أي درجة من التقاضي لا أمام النقض . وينتفع بهذا الحق المدين والشركاء في الدين والضمَّان .

التنازل عن سقوط الحق : يصح التنازل عن سقوط الحق بشرط أن يكون التنازل بعد وجوده ، وأن كل شخص يملك سقوط الحق يجوز له التنازل عنه بشرط كونه أهلًا للتصرف ، ولدائني المدين معارضته في تنازله عن سقوط الحق بمضي المدة مع التمسك بهذا نيابة عنه ولهم الاعتراض أيضًا بعد التنازل عنه إذا كان ذلك بطريق الغش الذي أضرهم [1] .

## بند [ 186 ] نتيجة سقوط الحق بمضي المدة

**التشريع الإسلامي** : القاعدة العامة لسقوط الحق بمضي المدة أن الدين لا يقبل الطلب به قضاء [2] بمعنى أن القاضي لا يسمع الدعوى ، ولا أدلتها . وعلى مدعي سقوط الحق بمضي المدة إقامة الدليل على ذلك ، وليس على مدعي الالتزام إثبات مشغولية ذمة مدينه ؛ لأن هذا ليس موضوع النزاع بعد الادعاء بمضي المدة ، فإن الدعوى تصبح منحصرة في أن الدائن له حق الطلب قانونًا وشرعًا أوْ لا .

ومتى كانت الدعوى غير مسموعة لمضي المدة فلا توجه اليمين مطلقًا ؛ لأن اليمين إنما توجه عند وجود دعوى مسموعة لا إثبات فيها [3] .

وعلى المدين الملتزم أداء ما التزم به شرعًا . ولا تبرأ ذمته بمجرد مضي المدة كما قدمنا ، ويحرم عليه عدم الأداء ما دام قادرًا عليه ، وهو ما يسميه القانون الوضعي ( نتج عنه حق طبيعي ) .

وسقوط الحق بمضي المدة من حق المدين الدفع به ؛ فلو تركه فقد ترك حقه ، وهو

(1) انظر : البنود من 2242 إلى 2259 ، من الباب الرابع ، من الكتاب العشرين ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 278 : 284 .

(2) قاعدة : الدين لا يقبل الطلب به قضاء .

(3) يقول الدردير : « لو ادعى على الحائز حاضر ساكت بلا مانع له من التكلم عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته التي أقامها على دعواه » . الشرح الصغير جـ 4 ص 68 .

حر في ذلك مادام لم يلحق ضررًا بدائنيه ، وإلا فلهم الحق في معارضته وطلب نقد تصرفه ؛ لأنه أعجز نفسه عن أداء ديونهم أو التزاماتهم بعدم الدفع بمضي المدة .

والتنازل عن قطع المدة تصرف مالي يشترط فيه أهلية التصرف ؛ فلا يصح من قاصر ولا محجور عليه ولا مجنون ، وينتفع بسقوط الحق بمضي المدة الشركاء في الدين والمدين والضُّمَّان .

وبما أن سقوط الحق بمضي المدة مشروط فيه كون صاحب الحق متمكنًا من التقاضي وطلب حقه في هذه المدة ، فلو طرأ عليه ما سلب أهليته في التقاضي كجنون مثلًا أو أسر أو عذر قاهر لا طاقة له بدفعه ، ولم يكن سببًا فيه فيقف سقوط الحق حتى يزول هذا المانع الشرعي .

وبما أنه يشترط في مضى المدة المسقطة سكوت صاحب الحق عن الطلب ، فإن لم يسكت وطالب فلا تمضي المدة ؛ فلو سكت مدة ثم طالب ثم سكت اعتُبر مضي المدة من السكوت الثاني ، وتسقط المدة الأولى إلى أول السكوت الثاني ، وبذلك يقال : إن مدة سقوط الحق قُطِعَت .

وكل ما يدل على الطلب شرعًا يعتبر قاطعًا لمدة سقوط الحق حتى أمام شهود عدول ، وحتى على يد رسول الحاكم مثلًا وهو ( المحضر ) ، وأما الحجز فلا يكون إلا للأحكام وقد سبق الكلام عليها [1] .

(1) تناولت المادة 383 من القانون المدني المصري والمادة 375 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية انقطاع المدة المقررة للتقادم ولعدم سماع الدعوى ، وهو ما أخذت به المادة 437 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :

1 - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر ، فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها .

2 - وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع وبوجه عام أي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى .

وهو ما جاء في المادة 460 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه » .

كذلك المادة 448 من التقنين الكويتي .

وفي الفقه الإسلامي انظر المادة 260 من مرشد الحيران .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 115 ) .

وقد سبق أن سقوط الحق في المطالبة بالدين فيه خلاف بين العلماء : هل يسقط بمضي خمس سنين أو عشر سنين أو خمس عشرة سنة أو أكثر أو لا يسقط أبدًا ؟ والصحيح ترك ذلك لقاضي الموضوع فإن رأى أن السكوت خمس سنين كاف مثلًا في ديون التجارة رد الدعوى ، وإن رأى العشر السنين في القرض كافية مثلًا لفقر الدائن واحتياجه ويسار المدين ولا عذر للدائن في السكوت رد الدعوى وهكذا .

هذه مسألة فيها خلاف المجتهدين من المذهب فلولي الأمر تحديد المدة لكل نوع من الديون التي تكون في الذمة بما فيه المصلحة .

## بند [ 187 ] نقل الالتزامات

**القانون الفرنسي** : انتقال الدين في التشريع القديم ما كان جائزًا لا في الحياة ولا بعد الممات ، ثم عُرِف في القانون الروماني بعد الوفاة باعتبار أن الوارث يستمر في تمثيل المتوفى ، ثم عرف الانتقال بين الأحياء ، وبعد الوفاة في التشريع الجديد .

تحويل الالتزام في الدين هو نقل الدائنية من ذمة شخص يملكها إلى شخص آخر يحل محله في جميع الحقوق كنقل الملكية في العقار .

الأسباب القانونية لتحويل الدين : كعقود نقل الملكية يصح أن يكون تحويل الدين في مقابل شيء وبدون مقابل شيء .

بيع الدين وهو عقد يتعهد فيه شخص إلى آخر بنقل دين إليه نظير ثمن نقد يدفعه إليه ، وشروط صحة هذا العقد هي شروط صحة العقود العادية .

التزامات بائع الدين : يجب على بائع الدين التزامات ثلاثة :

1 - نقل الدائنية إلى المشتري .

2 - تسليمه سند الدين .

3 - ضمان المشتري .

والقاعدة العامة أن البائع للدين لا يضمن مقدرة المدين على الدفع ، لا في الحال ولا في الاستقبال . فقط يضمن للمشتري وجود الدين وقدره وتوابعه ،

فيضمن البائع عند عدم وجود الدين أو نقصه أو عدم وجوبه ، فيدفع الدين المبيع [1] ومصاريفَ العقد وفوائد المبلغ ومصاريف التقاضي .

ويمكن للمتعاقدين وضع شروط للضمان أزيد من ذلك أو عدم مسئولية البائع مطلقًا فيكون بيع حظ . وفي حالة اشتراط ضمان الدفع ، وقد أفلس المدين ، يرجع المشتري بما دفع فقط لا بقيمة الدين الاسمية .

حوالة الدين : نقل الدين من الدائن إلى شخص آخر يحل محله كنقل ملكية العقار إلى المشتري ، فعلاقات المحيل والمحال إليه كالآتي :

**أولًا** : علاقة الطرفين بمجرد اتفاق المحيل والمحال إليه ، ينتقل الدين إلى المحال إليه من وقت تقابل الإرادتين .

**ثانيًا** : علاقة الطرفين والشخص الثالث : لا ينتقل الدين بمجرد اتفاق الطرفين المحيل والمحال إليه بالنسبة للشخص الثالث ، بل يجب أحد أمرين : إما إعلان المدين بتحويل الدين على يد محضر ، وإما قبول المدين هذا التحويل في إشهاد رسمي . والمراد بالشخص الثالث ما عدا طرفي العقد المحيل والمحال إليه .

**نتائج انتقال الدين :**

إذا لم يقبل المدين تحويل الدين أو لم يعلن بمحضر بهذا التحويل يبقى الدائن مالكًا للدين بالنسبة للشخص الثالث . وينتج ما يأتي :

1 – يمكن للمدين معارضة المحال إليه بكل ما يلاشي الدين مما حصل قبل إعلانه بالتحويل من دفع أو مقاصة أو سقوط الحق إلخ .

2 – إذا تحول الدين إلى شخصين متتابعين أحدهما أشهر تحويله طبقًا للقانون كان هو المفضل ، ولو كان تاريخه متأخرًا عن الثاني ، كذلك إذا وضع الدين رهنًا عند شخصين فمن اتبع القانون في إشهاره كان هو المقدم على الثاني .

ويستثنى من القاعدة السابقة ما يأتي :

**أولًا** : إذا تنازل شخص عن قيمة إيجار عقار أو أرض زراعية لمدة ثلاث سنوات على الأقل : يجب علاوة على ما سبق تسجيل هذا التنازل بسجل الرهونات التابع

---

(1) في الأصل : [ المباع ] .

إلى دائرة الاختصاص الإداري الكائنة به العين المؤجرة .

**ثانيًا** : لا يحتاج إلى شيء إذا كان الالتزام نقل سهم مالي باسم معين إلى سهم لحامله ، أو إلى سند تحت الطلب . فهذا الدين يتحول بدون شرط ولا قيد ؛ فالسند الاسمي يتحول إلى الشخص بمجرد إمضائه في سجل المؤسسة صاحبة هذا السهم أن السهم أصبح له ، والسند إلى حامله يتحول بمجرد التسليم لمالكه . السند تحت الطلب يتم تحويله بالكتابة على ظهره أنه تحول لفلان .

**المديونية التي لا يصح تحويلها :**

القاعدة الأساسية أن كل دين يصح تحويله سواء أكان حالًّا أم مؤجلًا أم مشروطًا بشرط ، ولكن يستثنى ما يأتي :

**أولًا** : المعاشات المدنية أو الحربية المعتبرة لضرورة الوجود لمستحقيها .

**ثانيًا** : المعاشات المقدرة طول الحياة من خزانة المعاشات للطاعنين في السن .

**ثالثًا** : أجر العمل للعمال والمهايا التي تقل عن ألفي فرنك ، ودين الضرورة المعاشية [1] .

## بند [ 188 ] نقل الالتزامات

**التشريع الإسلامي** : قد عرف نقل الالتزامات في الحياة وبعد الممات في التشريع الإسلامي منذ وجوده أي منذ 1362 سنة ، ووضعت له القواعد والأحكام أخذًا من أصولها ( الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ) . وقد كان التشريع الروماني مانعًا ذلك أو كان لا يعرفه بعد . والذي أعقب التشريع الروماني هو التشريع الإسلامي الذي ملأ طباق الأرض عدلًا وتشريعًا وتقنينًا فجعل الديون عروضًا حكمية [2] يصح نقلها من ذمة إلى ذمة في المديونية والدائنية حال الحياة أو بعد

(1) انظر : البنود من 1249 إلى 1252 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 280 : 282 .

(2) نظر التشريع الإسلامي إلى الالتزام باعتباره قيمة مالية منذ أول الأمر ، ولذا أمكن نقل الالتزام بين الأحياء وتحويله بعناصره المختلفة من شخص لآخر . أما التشريع الروماني فقد نظر إلى الالتزام باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، ولذا لم يكن ليعرف هذا القانون فكرة الحوالة وانتقال الالتزام ، واستمر التفكير في الالتزام على هذا النحو فترة طويلة في التشريعات اللاتينية . انظر الوسيط للسنهوري 418/3 وما بعدها .

الممات ، فالذي شرع هذا هو التشريع الإسلامي وهو ما يسمونه التشريع الحديث ، فلا تسمح نفس هؤلاء المتشرعين أن يقولوا : هو التشريع الإسلامي الذي عنه أخذنا هذه القواعد العقلية ولا هذا التشريع السليم المتفق مع الصالح العالم في دنياهم ، ولكن مهما أخفوا وجه الحقيقة فهي سافرة ، ومهما طمسوا معالم التشريع الحكيم القويم فسيظهر عاليًا منيرًا وضياء يبهر بنوره العيون المغشي عليها ؛ فهو من الله وسيظهره الله على الدين كله ولو كره الكافرون .

وتحويل الالتزام في الدين هو حلول ذمة دائنة محل ذمة أخرى في الدائنية مع بقاء شخص المدين ؛ كما إذا كان زيد مدينًا لعمر بمبلغ خمسين جنيهًا مثلًا ، واتفق عمر مع بكر على تحويل دينه الذي له على عمر إليه فقبل ، فتم حلول ذمة بكر محل ذمة عمر في الدائنية ، مع بقاء شخص المدين وهو زيد [1] .

---

(1) تناولت المادة 303 من القانون المدني المصري والمادة 291 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع حوالة الحق ، وهي نقل الدين من دائن إلى دائن آخر مع بقاء المدين . وتنعقد هذه الحوالة وتنفذ دون رضاء المدين ، ويكفي إعلانه بها لترتب آثارها . ( الوسيط 442/3 وما بعدها ) .

والمذهب المالكي في تقدير السنهوري ومن تابعه ، دون المذاهب الثلاثة الأخرى ، الحنفي والشافعي والحنبلي ، يقر حوالة الحق فيما يسميه بهبة الدين وبيع الدين . ويشترط لانعقاد هبة الدين لغير المدين ، وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، ما يشترط لانعقاد الهبة بوجه عام .

ويشترط لانعقاد بيع الدين إلي غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي إلى جانب ذلك شروطا أخرى هي :

1 - ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز .

2 - ألا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع .

3 - ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

4 - أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز .

5 - ألا يكون المشتري خصما للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للإمام مالك جـ 9 ص 128 - 130 . التاودي على التحفة جـ 2 ص 47 . السنهوري ، الوسيط جـ 3 فقرة 240 ص 434 و 435 .

وانظر المادة 66 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ( الشرح الصغير وحاشيته 37/3 ، مواهب الجليل 368/4 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 92 ) .

وتحويل الدين ككل العقود السالبة والموجبة لا تتم إلا بين شخصين فتكون بمقابل فهو بيع ، وبلا مقابل فهو هبة .

**بيع الدين** : وهو عقد معاوضة بين دائن وشخص آخر ، أحد عوضيه الدين الذي في ذمة المدين ، والعوض الآخر الثمن الذي يدفعه المشتري حالًّا أو معينًا يتأخر قبضه ، أو بمنافع معين . وشروط صحة بيع الدين الخاصة به علاوة على شروط صحة العقود العادية وهي [1] : حضور المدين ، وحياته [2] ، وإقراره بالدين ، وكون المدين ممن تأخذه الأحكام ، وعدم وجود عداوة بين المشتري والمدين ، وتعجيل الثمن حقيقة بالدفع أو حكمًا كمعين يتأخر قبضه أو منافع معين ، وكون الثمن من غير جنس الدين أو من جنسه واتحدا قدرًا وصفة وليس ذهبًا بفضة ولا عكسه وليس طعام معاوضة .

فلا يجوز بيع دين على ميت ولا دينٍ على غائب ولا دينٍ على حاضر لم يقر به ولو ثبت بالبينة بعد البيع ؛ لأنه بيع ما فيه خصومة .

ويمنع شراء دين من ربه عنتا بالمدين ويُرَدُّ . فإن فات الثمن بيد بائعه رَدَّ مثله أو قيمته . فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ، ودفعه للمشتري عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

وبيع الدين بدين لغير من هو عليه لا يجوز ، وبتمام البيع تنتقل المديونية من البائع إلى المشتري ويجب تسليم سند الدين ، ويضمن البائع وجود المديونية لا قدرة المدين على الأداء ، إلا إذا اشترط المشتري للدين ضمانة البائع فيما باع . فإن أفلس المدين أو تبين مطله وعدم مقدرته على الدفع ضمن البائع للدين ما أخذه من المشتري لا قيمة الدين ، وكذا يدفع ما أنفقه في سبيل الحصول على الدين الذي لم يقبضه [3] .

(1) يقول الدردير : في بيع دين بمثله ، أنه على أقسام ، منها : « فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معينًا يتأخر قبضه كغائب أو منافع معين وبيعه بدين كبيع ما على غريمك بدين في ذمة ثالث ، وابتداؤه به كتأخير رأس مال السلم ... » . الشرح الصغير جـ 3 ص 35 ، ومواهب الجليل جـ 4 ص 368 وما بعدها .

(2) الأولى أن يكتفي بقوله حضور المدين لأن ( حضوره يستلزم حياته ) . الشرح الصغير ( 35/3 ) .

(3) يشترط لانعقاد بيع الدين إلي غير المدين ، وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة ، ما يشترط لانعقاد البيع بوجه عام . ويشترط المذهب المالكي إلى جانب ذلك شروطا أخرى هي :

## الحوالة :

هي صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى ، ويشترط لصحة الحوالة [1] :

**أولًا** : رضاء المحيل والمحال إليه دون المحال عليه ، فقط يُشْتَرط حضوره وإقراره بالدين . وقد اختلف فقهاء الأندلس في هل يُشْتَرط في صحة الحوالة حضور المحال عليه وإقراره أوْ لا يشترط ذلك ؟ رُجِّح كل من القولين ، والأول أرجح ؛ لأن الحوالة من قبيل بيع الدين .

**ثانيًا** : ثبوت دين للمحيل على المحال عليه لازم ، فدين الصبي والسفيه بغير إذن ولي لا تجوز فيه الحوالة ، وكذا ثمن المبيع بالخيار .

فإن علم المحال بعدم وجود الدين على المحال عليه ، وشرط المحيل البراءة من مقابل الدين المحال به صح وبرئ فلا رجوع عليه .

---

= 1 - ألا يكون الدين حقا متنازعا فيه ، لأن شراء ما فيه خصومة غير جائز .

2 - ألا يكون الدين طعاما في ذمة المدين ، لأن بيع الطعام قبل قبضه ممنوع .

3 - ألا يكون الثمن من جنس الدين ، إذ المشتري يشتري الدين المؤجل عادة بأقل من قيمته فيكون سلفا بمنفعة ويداخله الربا .

4 - أن يعجل الثمن ، وإلا كان من بيع الدين بالدين وهذا غير جائز .

5 - ألا يكون المشتري خصما للمدين ، وإلا كان في هذا إعنات للمدين بتسليط خصمه عليه .

انظر في ذلك : المدونة الكبرى للإمام مالك جـ 9 ص 128 - 130 . التاودي على التحفة جـ 2 ص 47 . السنهوري ، الوسيط جـ 3 فقرة 240 ص 434 و 435 .

وانظر المادة 66 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ( الشرح الصغير وحاشيته جـ 2 ص 37 ، مواهب الجليل جـ 4 ص 368 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 92 ) .

(1) هذه هي حوالة الدين التي عرفها الدردير : « الحوالة صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى إلخ » . الشرح الصغير جـ 3 ص 169 . وراجع باقي أحكامها التفصيلية في : بداية المجتهد جـ 2 ص 299 وما بعدها ، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني جـ 5 ص 391 وما بعدها وحوالة الدين تتضمن اتفاق المدين مع طرف ثالث على أن يتحمل عنه دينه الذي في ذمته ، فينتقل الدين إلى هذا الطرف الثالث . وحوالة الدين عند السنهوري ( الوسيط 559/3 ) نظام إسلامي بحت ، وإن كان له نظير في التشريعات الجرمانية » .

فإن لم يعلم فله الرجوع .

**ثالثًا** : حلول الدين المحال به أو المحال عليه ، أو حلولهما معًا لعدم وجود ما يقتضي المنع ، فإن كانا غير حالين معا منعت الحوالة .

**رابعًا** : تساوي الدينين قدرًا وصفة وأن لا يكونا طعامين من بيع [1] .

وبمجرد العقد يتحول حق المحال على المحال عليه ولا رجوع له على المحيل ، وإن أعدم المحال عليه أو مات أو جحد بعد الحوالة ، إلا أن يعلم بذلك المحيل فقط دون المحال إليه فله الرجوع عليه ؛ لأنه قد غره .

فإن شرط المحال على المحيل أنه إن أفلس المحال عليه رجع بماله فله شرطه كما سمع الإمام سحنون [2] من الإمام مالك رضى الله عنهم أجمعين .

وينتقل الدين بمجرد العقد بالنسبة للطرفين وللشخص الثالث ، ويكفي الإشهاد بلا إعلان بتحويل الدين على يد محضر ولا القبول في إشهاد رسمي .

غير أنه حفظًا لحق الشخص الثالث من التلاعب خصوصًا في هذه الأيام التي فسدت فيها الذمم ، وأصبح الغش فاشيًا ، والاحتيال معروفة كثرته ، والقاعدة في مذهب الإمام مالك سد الذرائع وإبطال الحيل ومنع ما يفسد على الناس معاشهم ومعادهم يجب إعلان التحويل بطريق رسمي على يد مشهد رسمي كمحضر أو عمل إشهاد لما يترتب على ذلك من حفظ حقوق الناس ولا يتنافى مع القواعد الشرعية خصوصًا متى أمر به الحاكم فيجب .

فإن لم يقبل المحال عليه حوالة دينه فإن كان لعذر شرعي كعداوة بين المحال وبينه أجيب لذلك ، فإن كان التحويل جائزا في سند الدين كفى هذا بدون قبوله ؛ لأنه قد قبل بالفعل . وعلى هذا فمتى مانع المدين في تحويل دينه فيبقى مدينًا لدائنه الأصلي .

---

(1) شروط الحوالة بالتفصيل في الخرشي على مختصر خليل ( 16/6 ، 17 ، 18 ) .

(2) هو عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال ابن عبد الله التنوخي ، الإمام العلامة فقيه المغرب ، أبو سعيد الحمصى الأصلي و المغربي القيرواني المالكي ، قاضي القيروان وصاحب المدونة ويلقب بسحنون . ولم يكن بين مالك وسحتون أحد أفقه من سحنون ، توفى سنة 240 دوله 80 سنة .

انظر : الذهبي العبر 34/2 .

انظر : سير أعلام النبلاء 70/10 .

وتفضيل أحد المحول إليهم معمول به خصوصًا إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر أو أرخا معًا ، ولكن أحدهما أرخ أولًا والثاني متأخرًا ؛ فالأول أولى أو اتفقا في التأريخ ، ولكن أحدهما أشهد القاضي فُضِّل على الذي لم يشهد ؛ لأنه أدعى لليقين .

والقاعدة الأساسية أن كل دين متى استوفى شروط صحة التحويل صح تحويله [1] ، وأما تحويل المعاشات المدنية أو الحربية فلا يجوز تحويلها قبل استحقاقها بالفعل ؛ لأنها بعد نهاية الشهر تصبح دينًا ثابتًا مستحقًّا في الذمة . وشرط الحوالة ذلك . وأما قبل مضي الشهر فلا يجوز التحويل ؛ لأن المعاش لم يصبح بعد دينًا صحيحًا في الذمة .

وكذا يقال في معاش الطاعنين في السن وأجر العمال والمهايا إلخ ؛ لأن شرط التحويل إنما يعود على طبيعة الدين من حيث وجوده وثباته ولزومه . ولا شك أن مثل هذه الديون غير موجودة قطعًا؛ لأنها تجب يومًا فيومًا ، وكل يوم يمر يتجمد ما يخصه في ذمة المدين فيصبح التحويل بعد الاستحقاق لا قبله .

### بند [ 189 ] انتقال الدين لمدين آخر

**القانون الفرنسي** : وهو عمل قانوني به يحل مدين مكان مدين آخر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن ، وهي المقابلة لتحويل الدين فيتغير الدائن ويبقى الدين في كلتا الحالتين على ما هو عليه ، ولأول مرة نظمها القانون الألماني في المواد 414 إلى 419 ، وتتم على وجهين :

**الأول** : أن يتفق الدائن مع مدين آخر ليحل محل مدينه الأول .

**الثاني** : أن يتفق المدين الأول مع المدين الثاني على أن يحل هذا محله بقبول الدائن صراحة أو ضمنًا .

ويتحقق ذلك فيمن يشتري عقارًا مرهونًا فيحل محل المالك الأصلي في دفع الدين ( دين الرهن ) أو يقبل شخص ما يملكه شخص آخر نظير معاش مدة الحياة .

ونتيجة ذلك انتقال الالتزامات من المدين الأول إلى المدين الثاني كما كانت

---

(1) قاعدة : كل دين استوفى شروط صحة التحويل صح تحويله .

عليه ، وليس هذا تجديدًا للدين بل هو نقل له فقط من ذمة إلى أخرى ، وللمدين الجديد إبداء دفاع القديم من كل ناحية ماعدا المقاصة ، ولا ينتقل مع الدين توابعه من ضمان ورهن إلخ إلا إذا كان ذلك مشروطًا .

وليس في القانون الفرنسي هذا البحث فهو تجديد في القانون الألماني المدني (1) .

## بند [ 190 ] انتقال الدين لمدين آخر

**التشريع الإسلامي** : وهو عمل جائز شرعًا ، وبه يحل مدين مكان مدين آخر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن ، وهو بيع الدين لغير من هو عليه كبيع دين على غريمك بثمن في ذمة رجل ثالث والثمن حال أو معين يتأخر قبضه أو بمنافع شيء معين .

أو هو من قبيل الحوالة وهي صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى ، كما إذا داين زيد عمر بألف ، وداين عمر بكرًا بألف ، فأحال عمر مدين زيد على بكر بنفس الألف التي يداينه بها عمر ، فحل بكر مكان عمر في تحمل ودفع نفس الدين مع بقاء الدائن وهو زيد فيبقى الدين والدائن ويتغير المدين (2) .

---

(1) انظر : البنود من 1249 إلى 1252 ، في الفصل الأول ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 280 : 282 .

(2) تناولت المادة 315 من القانون المدني المصري والمادة 304 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع حوالة الدين ، التي تتم باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين . وهو ما عرفتها به والمادة 1/339 من التقنين العراقي التي تنص على أن « حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

وكذا المادة 993 من التقنين الأردني التي تنص على أن : « الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » .

والمادة 1/377 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحال عليه » .

وفي الفقه الإسلامي نصت المادة 870 من مرشد الحيران على أنه « إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برئ المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا ، وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه . غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال » .

ونصت المادة 673 من المجلة على أن « الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى » .

( انظر رد المحتار على الدر المختار جـ 4 ص 288 ) .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 94 ) .

وليس في التشريع جدة وحداثة ، ولكنه موجود في التشريع الإسلامي وموجودة أحكامه في موضعين : ( في باب الحوالة وفي بيع الدين بالدين المقسم إلى ثلاثة أقسام ) فقد أخذه المشرع الألماني عن التشريع الإسلامي ، ونقله التشريع الفرنسي مدعيًا حداثته وعدم السبق به ، ولو تأمل من يدعون العلم بالتشريع حديثه وقديمه وتخلوا عن التعصب على التشريع الإسلامي وعن إسقاطه من حسابهم لقالوا الحق وأنصفوا العلم ، والتشريع الإسلامي من حيث هو تشريع إلهي سماوي لم يصل إلى أحكامه بعد أعرقُ الأمم في المدنية والحضارة ، ولكن هكذا أعماهم هواهم وأضلهم عن سواء السبيل ، وليس هذا بضائر التشريع الإسلامي في شيء ، ولله في خلقه شئون ، وهو مالك الملك يفعل ما يشاء إنه على كل شيء قدير .

ويجوز أن يتفق دائن مع مدين آخر ليحل محل مدينه الأول برضاء هذا المدين ، ويجوز أن يتفق المدين الأول مع المدين الثاني على أن يحل محله بقبول الدائن صراحة أو ضمنًا .

ومن باع عقارًا مرهونًا على أن يدفع دين الرهن من الثمن جاز متى كان الثمن ودين الرهن معلومين ، وبهذا حل مدين مكان مدين [1] .

وأما قبول شخص ما يملكه آخر نظير معاش مدة الحياة فغير جائز ؛ لأن الثمن في البيع يجب أن يكون معلومًا ، والمعاش مدة الحياة مجهول .

ومجرد حلول المدين الثاني محل الأول يكفي في نقل الالتزامات من المدين الأول إلى المدين الثاني ؛ وبرئت ذمة الأول بذلك .

وللمدين الثاني كافة الدفوع التي للمدين الأول إبداؤها ، بل وله المقاصة أيضًا؛ لأن تعريفها ينطبق عليه .

ولا ينتقل الضمان ولا الرهن مع نقل الدين إلا إذا شرط ذلك في نقل الدين

---

(1) تناولت المادة 322 من القانون المدني المصري والمادة 311 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، موضوع بيع العقار المرهون رهنا رسميًا وشرط انتقال الدين المضمون بالرهن لذمة المشتري ، وهو قيام الاتفاق على ذلك ، وإلا لم ينتقل هذا الدين .

( انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 96 ) .

فيعمل بالشرط [1] .

(1) يقول الدردير : الحوالة صرف دين أي نقله وطرحه عن ذمة المدين بمثله أي بدين مماثل إلى ذمة أخرى تبرأ بها ... » الشرح الصغير جـ 3 ص 169 ، جـ 4 ص 35 ، وبداية المجتهد جـ 2 ص 299 . وهذا هو رأي جمهور الفقهاء ، فعندهم أن ذمة المحيل وذمة كفيله تبرأ بمجرد انعقاد الحوالة وتمامها . لكن ذهب بعض الفقهاء إلى انتقال الدين للمحال عليه ، محملا بكافة الصفات التي كان عليها عند المدين الأصلي « المحيل » . ومقتضى هذا الرأي استمرار حق الدائن في حبس المرهون . أما الكفيل فلا يبقى ملتزمًا قِبَلَ الدائن ، إلا إذا رضي بالحوالة . ومستند هذا الرأي المصلحة ، وهو ما أخذت به المواد 318 ، 320 مصري و 1004 ، 1005 أردني .

## نتيجة المقارنات من بند 155 إلى بند 190

**يتفق التشريعان فيما يأتي :**

التزامات غير قابلة للقسمة - الالتزامات بالتضامن والالتزامات غير القابلة للقسمة - التزامات طبيعية من أصلها - التزامات مدنية فسدت ( في الجملة ) .

تلاشي الالتزامات : الدفع - الذي يملك حق القبض لمادة التعاقد - مادة التعاقد الواجب أداؤها - الدفع مع حلول شخص محل آخر - نتائج حلول شخص محل آخر في الدفع ( في الجملة ) - دفع الدين من ثالث - بيع الدين ( على تفصيل ) - خصم التسديد - عرض الدفع والاستيداع - ترك المدين أملاكه لدائنيه - التجديد ( في الجملة ) - نظرية النيابة ( في الجملة ) - إسقاط الدين (في غير الكونكورداتو ) - المقاصة - اتحاد الذمة - سقوط الحق بمضي المدة ( في غير المدة ) - إيقاف مدة سقوط الحق - نتيجة سقوط الحق بمضي المدة ( في الجملة ) - نقل الالتزامات - انتقال الدين لمدين آخر .

انتهى الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله ( دليل العقود والالتزامات )

والله تعالى أعلم

# فهرس عام للجزء الثاني من كتاب
# المقارنات التشريعية


| الاســـــم | رقم البند | رقم الصفحة |
|---|---|---|
| التمليك | 1 | 499 |
| الاتفاقات | 3 | 502 |
| نقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والشخص الثالث | 6 | 509 |
| نقل ملكية العقار بين المتعاقدين وبين الشخص الثالث في عقد نظير العوض | 8 | 512 |
| نقل ملكية العقار في الهبة | 10 | 517 |
| النظام العملي في ترتيب نقل التكاليف | 12 | 520 |
| الملكية بوضع اليد ، أو سقوط الحق بمضي مدة المملّكة | 14 | 522 |
| المدة الضرورية للتملك بوضع اليد | 17 | 528 |
| إضافة وضع اليد | 19 | 532 |
| قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد | 21 | 537 |
| 1 - أسباب قطع المدة | | 538 |
| 2 - نتيجة قطع المدة | | 538 |
| 3 - نتائج التملك بوضع اليد المدة الطويلة | | 539 |
| 4 - التنازل عن التملك بوضع اليد | | 540 |
| إضافة الملحقات للمالك | 23 | 543 |
| 1 - ملحقات عقار إلى عقار | | 543 |
| 2 - ملحقات منقول إلى عقار | | 547 |
| طرق التمليك الأخرى للملكية | 27 | 553 |
| أولًا - الاستيلاء من طرق التمليك | | 553 |
| ثانيًا - المزاد من طرق التمليك | 29 | 558 |
| ثالثًا - الملكية بالقانون | 31 | 559 |
| **الكتاب الثالث حق الارتفاق** | | |
| الاستغلال - حق الانتفاع بالريع | 33 | 561 |
| كيف يترتب الاستغلال ؟ | 35 | 565 |
| حقوق المستغل | 37 | 569 |
| أعمال قانونية يباشرها المستغل | 39 | 577 |
| واجبات المستغل | 41 | 584 |
| الأشخاص المعفون من تقديم الضمان | 43 | 588 |
| واجبات المستغل قبل الاستغلال | 45 | 590 |

| | | |
|---|---|---|
| دين مرتب الاستغلال بالنسبة للمستغل | 47 | 595 |
| تلاشي الانتفاع | 49 | 598 |
| أسباب تلاشي الانتفاع | | 598 |
| نتائج تلاشي الانتفاع | 51 | 605 |
| الاستعمال والسكنى والحكر | 53 | 607 |
| حق الارتفاق العيني | 55 | 610 |
| ترتيب حق الارتفاق | 57 | 613 |
| حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة | 59 | 615 |
| حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون | 61 | 622 |
| حالة ملك منزل واحد لعدة أشخاص لكل واحد | | 627 |
| دور خاص | 63 | 627 |
| وجوب ترك مسافة للمزروعات | | 628 |
| حق الارتفاق المخصص لتسهيل الري أو إصلاح الأراضي | | |
| النظر والنور المرتبان على ملكية الجار | 65 | 633 |
| حق الارتفاق المرتب من أشخاص | 67 | 637 |
| تلاشي حق الارتفاق | 69 | 645 |


## القسم الرابع الالتزامات

## الكتاب الأول


| | | |
|---|---|---|
| الالتزامات ومآخذها المختلفة | 71 | 649 |
| التعاقد ( الكنتراتو ) | | 649 |
| ترتيب التعاقد ( الكنتراتو ) | 73 | 652 |
| شروط وجود وصحة العقود | 75 | 665 |
| مادة التعاقد | 76 | 675 |
| السبب | 78 | 680 |
| العقود العلنية | 80 | 686 |
| شروط صحة العقود | 83 | 691 |
| أهلية المتعاقدين | 85 | 703 |
| الوعود والشروط لأجل الغير | 87 | 709 |
| الشروط للغير | 89 | 716 |
| نتائج العقود | 91 | 724 |
| نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث | 93 | 730 |
| بطلان العقود أو إلغاؤها | 95 | 737 |
| أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء | 97 | 744 |
| حل التعاقد | 99 | 757 |
| أسباب أخرى لتلاشي العقود | 101 | 769 |

## الكتاب الثاني


| | | |
|---|---|---|
| مآخذ الالتزامات غير الاتفاقية | 103 | 772 |
| إدارة الأعمال | 105 | 779 |
| أداء ما ليس بواجب | 107 | 781 |
| الثراء بلا سبب | 109 | 786 |
| الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها | 111 | 792 |
| تجاوز استعمال الحق | 113 | 799 |
| الأعمال المشبهة للضرر المدني | 115 | 806 |
| المسئولية المدنية | 117 | 806 |
| 1 – مسئولية الأب والأم | | 814 |
| 2 – مسئولية المدرسين ومعلمي المهن | | 815 |
| 3 – مسئولية السيد والمولى | | 816 |
| 4 – المسئولية المدنية لعمل الحيوان | | 817 |
| 5 – المسئولية المدنية في عمل المساكن | | 819 |
| 6 – مسئولية الجماد | | 821 |


## الكتاب الثالث


| | | |
|---|---|---|
| الالتزامات في حد ذاتها | 119 | 824 |
| مادة الالتزام | 121 | 826 |
| نتائج الالتزامات البسيطة | | 826 |
| طرق التنفيذ | | 830 |
| نتائج عملية لحق الرهن العام | 123 | 833 |
| طرق تحفظية وطرق تنفيذية | | 833 |
| القواعد العامة في طرق التنفيذ | | 834 |
| الطرق التنفيذية | | 839 |
| الإعسار والإفلاس | 125 | 841 |
| الحق التابع للدائن أو نظرية تعويض الضرر | 127 | 848 |
| تعويض الضرر | | 848 |
| قيمة التعويض | | 849 |
| مادة التعاقد مبلغ من المال | 129 | 851 |
| الشرط الجزائي | 131 | 853 |
| نظرية الخسارة | 133 | 856 |
| نظرية دعوى المدعي باسم مدينه | 135 | 862 |
| دعوى الدائن باسم مدينه ( دعوى إبليك ) | 137 | 865 |
| نتيجة رفع الدعوى باسم المدين | | 867 |

| | | |
|---|---|---|
| دعوى إبطال تصرف المدين ( دعوى بولين ) | 139 | 873 |
| شروط استعمال دعوى إبطال تصرفات المدين | | 874 |
| نتائج دعوى إبطال تصرف المدين | | 875 |
| خصوصيات الالتزامات المركبة | 141 | 885 |
| حق معلق على شرط وحق مستقبل | 143 | 889 |
| ضمان الخسارة في حالة الشرط المعلق | | 889 |
| الأجل | 145 | 892 |
| الالتزامات التخييرية | 147 | 898 |
| الالتزامات التضامنية | 149 | 901 |
| نتائج الالتزامات التضامنية | | 902 |
| التضامن في الدفع | 151 | 905 |
| نتائج الضمان في الدفع | | 906 |
| معارضة المدينين للدائن في دفاعهم | | 907 |
| الأسباب المغيرة أو الملغية للضمان | 153 | 914 |
| التزامات غير قابلة للقسمة | 155 | 919 |
| ملحق بالالتزامات الطبيعية | 157 | 923 |


## الكتاب الرابع


| | | |
|---|---|---|
| تلاشي الالتزامات | 159 | 928 |
| من يملك حق القبض لمادة التعاقد | 161 | 934 |
| الالتزام الواجب أداؤه ( مادة التعاقد ) | 163 | 937 |
| الدفع مع حلول شخص محل آخر | 165 | 941 |
| خصم التسديد | 167 | 950 |
| عرض الدفع والاستيداع | 169 | 952 |
| ترك المدين أملاكه لدائنه | 171 | 955 |
| التجديد | 173 | 956 |
| نظرية النيابة | 175 | 960 |
| إسقاط الدين | 177 | 962 |
| المقاصة | 179 | 968 |
| اتحاد الذمة في الالتزام | 181 | 976 |
| سقوط الحق المبرئ للذمة | 183 | 978 |
| إيقاف مدة سقوط الحق | 185 | 982 |
| نتيجة سقوط الحق بمضي المدة | | 983 |
| نقل الالتزامات | 187 | 986 |
| نتائج انتقال الدين | | 987 |
| انتقال الدين لمدين آخر | 189 | 993 |

# فهرس أبجدي للجزء الثاني

## من المقارنات التشريعية


| الاســـــم | رقم البند | رقم الصفحة |
|---|---|---|
| **( أ )** | | |
| الاتفاقات | 3 | 502 |
| إضافة وضع اليد | 19 | 532 |
| إضافة قطع المدة | 21 | 537 |
| أسباب الملحقات للمالك | 23 | 543 |
| الاستيلاء من طرق التمليك | 27 | 553 |
| الاستغلال حق الانتفاع بالريع | 33 | 561 |
| أعمال قانونية يباشرها المستغل | 39 | 577 |
| الأشخاص المعفون من تقديم الضمان | 43 | 588 |
| أسباب تلاشي الانتفاع | 49 | 598 |
| الاستعمال والسكنى والحكر | 53 | 607 |
| الالتزامات ومآخذها المختلفة | 71 | 649 |
| أهلية المتعاقدين | 85 | 703 |
| أسباب سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء | 97 | 744 |
| أسباب أخرى لتلاشي العقود | 101 | 769 |
| إدارة الأعمال | 105 | 779 |
| أداء ما ليس بواجب | 107 | 781 |
| الأعمال الموجبة للتعويض وما يشبهها | 111 | 792 |
| الأعمال المشبهة للضرر المدني | 115 | 806 |
| الالتزامات في حد ذاتها | 119 | 824 |
| الإعسار والإفلاس | 125 | 841 |
| الأجل | 145 | 892 |
| الالتزامات التخييرية | 147 | 898 |
| الالتزامات التضامنية | 149 | 901 |
| الأسباب المغيرة أو الملغية للضمان | 153 | 914 |
| التزامات غير قابلة للقسمة | 155 | 919 |

| | | |
|---|---|---|
| الالتزام الواجب أداؤه ( مادة التعاقد ) | 163 | 937 |
| إسقاط الدين | 177 | 962 |
| اتحاد الذمة في الالتزام | 181 | 976 |
| إيقاف مدة سقوط الحق | 185 | 982 |
| انتقال الدين لمدين آخر | 189 | 993 |

( ب )

| | | |
|---|---|---|
| بطلان العقود أو إلغاؤها | 95 | 737 |

( ت )

| | | |
|---|---|---|
| التمليك | 1 | 499 |
| التنازل عن التملك بوضع اليد | 21 | 537 |
| تلاشي الانتفاع | 49 | 598 |
| ترتيب حق الارتفاق | 57 | 613 |
| تلاشي حق الارتفاق | 69 | 645 |
| التعاقد ( الكنتراتو ) | 71 | 649 |
| ترتيب التعاقد | 73 | 652 |
| تجاوز استعمال الحق | 113 | 799 |
| التضامن في الدفع | 151 | 905 |
| تلاشي الالتزامات | 159 | 928 |
| ترك المدين أملاكه لدائنه | 171 | 955 |
| التجديد | 173 | 956 |

( ث )

| | | |
|---|---|---|
| الثراء بلا سبب | 109 | 786 |

( ح )

| | | |
|---|---|---|
| حق الارتفاق الشخصي | 33 | 561 |
| حق الانتفاع بالريع | | 561 |
| حقوق المستغل | 37 | 569 |
| حق الارتفاق العيني | 55 | 610 |
| حقوق الارتفاق الناتج عن حالة الأمكنة | 59 | 615 |

| | | |
|---|---|---|
| حقوق الارتفاق المرتبة بالقانون | 61 | 622 |
| حالة ملك منزل واحد لعدة أشخاص لكل واحد دور خاص | 63 | 627 |
| حق الارتفاق المخصص لتسهيل الري أو إصلاح الأراضي | | 628 |
| حق الارتفاق المرتب من أشخاص | 67 | 637 |
| حل التعاقد | 99 | 757 |
| الحق التابع للدائن | 127 | 848 |
| حق معلق على شرط وحق مستقبل | 143 | 889 |

( خ )

| | | |
|---|---|---|
| خصوصيات الالتزامات المركبة | 141 | 885 |
| خصم التسديد | 167 | 950 |

( د )

| | | |
|---|---|---|
| دين مرتب الاستغلال بالنسبة للمستغل | 47 | 595 |
| دعوى الدائن باسم مدينه ( دعوى إبليك ) | 137 | 865 |
| دعوى إبطال تصرف المدين ( دعوى بولين ) | 139 | 873 |
| الدفع مع حلول شخص محل آخر | 165 | 941 |

( س )

| | | |
|---|---|---|
| سقوط الحق بمضي المدة المملكة | 14 | 522 |
| السبب | 80 | 680 |
| سقوط الحق المبرئ للذمة | 183 | 978 |

( ش )

| | | |
|---|---|---|
| شروط وجود وصحة العقود | 75 | 665 |
| شروط صحة العقود | 83 | 691 |
| الشروط للغير | 89 | 716 |
| الشرط الجزائي | 131 | 853 |
| شروط استعمال دعوى إبطال تصرفات المدين | 139 | 874 |

( ض )

| | | |
|---|---|---|
| ضمان الخسارة في حالة الشرط المعلق | 143 | 889 |

## ( ط )


| | | |
|---|---|---|
| طرق التمليك الأخرى للملكية | 27 | 553 |
| طرق التنفيذ | 121 | 830 |
| طرق تحفظية وطرق تنفيذية | 123 | 833 |
| الطرق التنفيذية | | 839 |


## ( ع )


| | | |
|---|---|---|
| العقود العلنية | 80 | 686 |
| عرض الدفع والاستيداع | 169 | 952 |


## ( ق )


| | | |
|---|---|---|
| قطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد | 21 | 537 |
| القواعد العامة في طرق التنفيذ | 123 | 834 |


## ( ك )


| | | |
|---|---|---|
| كيف يترتب الاستغلال | 35 | 565 |


## ( م )


| | | |
|---|---|---|
| الملكية بوضع اليد أو سقوط الحق بمضي المدة | 14 | 522 |
| المدة الضرورية للتملك بوضع اليد | 17 | 528 |
| ملحقات عقار إلى عقار ( إضافة ) | 23 | 543 |
| ملحقات منقول إلى عقار | 23 | 547 |
| المزاد من طرق التملك | 29 | 558 |
| الملكية بالقانون | 31 | 559 |
| مادة التعاقد | 76 | 675 |
| مآخذ الالتزامات غير الاتفاقية | 103 | 772 |
| المسئولية المدنية | 117 | 806 |
| 1 - مسئولية الأب والأم | | 814 |
| 2 - مسئولية المدرسين ومعلمي المهن | | 815 |
| 3 - مسئولية السيد والمولى | | 816 |
| 4 - المسئولية المدنية لعمل الحيوان | | 817 |
| 5 - المسئولية المدنية في عمل المساكن | | 820 |

| | | |
|---|---|---|
| 6 – مسئولية الجماد | | 821 |
| مادة الالتزام | 121 | 826 |
| مادة التعاقد مبلغ من المال | 129 | 851 |
| معارضة المدينين للدائن في دفاعهم | 151 | 907 |
| ملحق بالالتزامات الطبيعية | 157 | 923 |
| من يملك حق القبض لمادة التعاقد | 161 | 934 |
| المقاصة | 179 | 968 |

**( ن )**

| | | |
|---|---|---|
| نقل ملكية المنقول بين المتعاقدين والشخص الثالث | 6 | 509 |
| نقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين والشخص الثالث | 8 | 512 |
| نقل ملكية العقار في الهبة | 10 | 517 |
| النظام العملي في ترتيب نقل التكليف | 12 | 520 |
| نتيجة قطع المدة | 21 | 538 |
| نتائج التملك بوضع اليد المدة الطويلة | | 539 |
| نتائج تلاشي الانتفاع | 51 | 605 |
| النظر والنور المرتبان على ملكية الجار | 65 | 633 |
| نتائج العقود | 91 | 724 |
| نتائج العقود بالنسبة للشخص الثالث | 93 | 730 |
| نتائج الالتزامات البسيطة | 121 | 826 |
| نتائج عملية لحق الرهن العام | 123 | 633 |
| نظرية تعويض الضرر | 127 | 848 |
| نظرية الخسارة | 133 | 856 |
| نظرية دعوى المدعي باسم مدينه | 135 | 862 |
| نتيجة رفع الدعوى باسم المدين | 137 | 867 |
| نتائج دعوى إبطال تصرف المدين | 139 | 875 |
| نتائج الالتزامات التضامنية | 149 | 902 |
| نتائج الضمان في الدفع | 151 | 906 |
| نظرية النيابة | 175 | 960 |
| نتيجة سقوط الحق بمضي المدة | 185 | 983 |
| نقل الالتزامات | 187 | 986 |
| نتائج انتقال الدين | | 987 |

## ( و )


| | | |
|---|---|---|
| واجبات المستغل | 41 | 584 |
| واجبات المستغل قبل الاستغلال | 45 | 590 |
| وجوب ترك مسافة للمزروعات | 63 | 627 |
| الوعود والشروط لأجل الغير | 87 | 709 |